
SIREY
UNIVERSITÉ
Georges DUPUIS
Marie-José GUÉDON
Patrice CHRÉTIEN
Droit administratif
10e édition

Droit administratif

Dans la même collection

Nota bene

Les ouvrages parus avant 2006 ont été publiés sous la marque Armand Colin, collection « U – droit ». Les nouvelles éditions portent la marque Sirey, collection « Université ».

Droit privé

Aubert Jean-Luc, *Introduction au droit*, 11e éd., 2006
Citeau Jean-Pierre, *Gestion des ressources humaines*, 4e éd., 2002
Cœuret Alain, Gauriau Bernard, Miné Michel, *Droit du travail*, 2006
Conte Philippe, Maistre du Chambon Patrick, *Droit pénal général*, 7e éd., 2004
Conte Philippe, Maistre du Chambon Patrick, *Procédure pénale*, 4e éd., 2002
Couchez Gérard, *Procédure civile*, 14e éd., 2006
Couchez Gérard, *Voies d'exécution*, 8e éd., 2005
Courbe Patrick, *Droit de la famille*, 4e éd., 2005
Flour Jacques, Aubert Jean-Luc, Savaux Éric, *Les obligations*. Tome 1 : *L'acte juridique*, 12e éd., 2006
Flour Jacques, Aubert Jean-Luc, Savaux Éric, *Les obligations*. Tome 2 : *Le fait juridique,* 11e éd., 2005
Flour Jacques, Aubert Jean-Luc, Flour Yvonne, Savaux Éric, *Les obligations*. Tome 3 : *Le rapport d'obligation*, 4e éd., 2006
Flour Jacques, Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2e éd., 2001
Houtcieff Dimitri, *Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit*, 2005
Larguier Jean, Conte Philippe, *Droit pénal des affaires*, 11e éd., 2004
Le Corre Pierre-Michel, Le Corre-Broly Emmanuelle, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, 2e éd., 2006
Legeais Dominique, *Droit commercial et des affaires*, 16e éd., 2005
Malaurie-Vignal Marie, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 3e éd., 2005
Malaurie-Vignal Marie, *Droit de la distribution*, 2006
Mathieu-Izorche Marie-Laure, *Droit civil. Les biens*, 2006
Picod Yves, Davo Hélène, *Droit de la consommation*, 2005
Véron Michel, *Droit pénal spécial*, 11e éd., 2006
Véron Michel, Nicod Benoît, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2e éd., 1998
Vignal Thierry, *Droit international privé*, 2005

Droit public

Chantebout Bernard, *Droit constitutionnel*, 23e éd., 2006
Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *Droit administratif*, 10e éd., 2007
Godfrin Philippe, Degoffe Michel, *Droit administratif des biens*, 8e éd., 2007
Isaac Guy, Blanquet Marc, *Droit communautaire général*, 9e éd., 2006
Lachaume Jean-François, Boiteau Claudie, Pauliat Hélène, *Droit des services publics*, 3e éd., 2004
Lebreton Gilles, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 7e éd., 2005
Madiot Yves, Le Mestre Renan, *Aménagement du territoire*, 4e éd., 2001
Oberdorff Henri, *Les institutions administratives*, 5e éd., 2006
Pactet Pierre, Mélin-Soucramanien Ferdinand, *Droit constitutionnel*, 25e éd., 2006
Paysant André, *Finances publiques*, 5e éd., 1999

Hors collection

Buffelan-Lanore Yvaine, *Droit civil. Première année*, 14e éd., 2005
Buffelan-Lanore Yvaine, *Droit civil. Première année. Méthodes*, 3e éd., 1997
Buffelan-Lanore Yvaine, *Droit civil. Deuxième année*, 10e éd., 2006
Huteau Gilles, *Sécurité sociale et politiques sociales*, 3e éd., 2001

Georges Dupuis

Marie-José Guédon

Professeur à l'Université d'Amiens

Patrice Chrétien

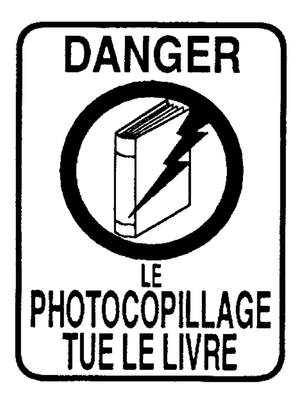
Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Droit administratif

10e édition

2007







31-35, rue Froidevaux – 75685 Paris Cedex 14

Sommaire

Principales abréviations

AJDA	*Actualité juridique, droit administratif*
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJA	Code de justice administrative
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
D.	*Le Dalloz (Recueil Dalloz — Dalloz Affaires)*
DA	*Droit administratif* (précis de..., traité de..., etc.)
EDCE	*Études et documents du Conseil d'État*
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
GACE	*Les grands avis du Conseil d'État*
GAJA	*Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*
GDCC	*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*
JCA	*Jurisclasseur administratif*
JCP	*Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique)*
JCP A	*Jurisclasseur périodique (La Semaine juridique) administrations et collectivités territoriales*
JO	*Journal officiel*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	*Les Petites Affiches*
PUF	Presses universitaires de France
R.	*Recueil des décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs (Recueil Lebon)*
RA	*Revue administrative*
RDP	*Revue du droit public et de la science politique*
RFAP	*Revue française d'administration publique*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RFFP	*Revue française de finances publiques*
S.	*Recueil Sirey*
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

Avant-propos à la 10e édition

Cette édition a été réalisée principalement par **Patrice CHRÉTIEN**, avec **Marie-José GUÉDON,** dans un souci de fidélité à la pensée de **Georges DUPUIS**.

Le travail effectué se veut le témoignage d'une profonde gratitude envers celui qui nous a quitté le 12 septembre 1999, laissant le souvenir d'un grand professeur passionné par son métier.

Paris, le 1er août 2006.

Dossier 1

L'Administration publique et le droit administratif

CE QU'IL FAUT SAVOIR

§ 1. La notion d'administration publique
§ 2. Esquisse d'une histoire de l'Administration française et du droit administratif
§ 3. L'autonomie du droit administratif
§ 4. Les grands problèmes administratifs du monde contemporain

Le titre de l'ouvrage donne sûrement une idée de son contenu. Il est aussi forcément quelque peu énigmatique. Le droit dont il va être question est qualifié d'« administratif ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Pensant à l'Administration publique et, par suite, enclin à considérer qu'il doit peu ou prou s'agir d'un droit applicable à cette Administration, l'on s'attendrait plutôt à parler tout simplement de « droit de l'Administration ». Admettre qu'il est « administratif », est-ce signifier qu'il ne désigne que des règles d'origine administrative, élaborées par l'Administration elle-même ? N'est-ce pas, indépendamment de leur origine, viser des règles présentant certaines caractéristiques spéciales ?

L'expression « droit administratif », c'est évident, n'est pas des plus claires. Ne l'est pas plus celle d'« Administration publique » à laquelle elle renvoie immanquablement et qui apparaît vite avoir des contours incertains (§ 1). L'une et l'autre expression ne sont ne sont jamais que les produits aléatoires de multiples données historiques. Une esquisse de leur histoire commune (§ 2), montre d'abord que, s'il y a bien un droit de l'Administration, ce que l'on appelle aujourd'hui communément droit administratif en est seulement un sous-ensemble autonome (§ 3). Quant à l'Administration elle-même, elle se révèle confrontée à divers grands problèmes auxquels sont données des solutions propres à transformer profondément le droit qui la régit (§ 4).

§ 1. La notion d'administration publique

Dans le langage quotidien, le mot *administration* désigne des réalités assez nombreuses et fort diverses : on parle aussi bien d'administrer une fortune ou une entreprise privée qu'une commune ou un département [1]. Dans le vocabulaire juridique, hormis l'expression « acte d'administration » (perception d'un loyer, par exemple) qui s'oppose à celle

---

1. *Trésor de la langue française* (*TLF*), t. I, p. 691 : « L'objet de l'administration est un domaine de l'activité **publique ou privée** ».

d'« acte de disposition » (vente ou donation, etc.) dans la gestion d'un patrimoine, l'administration se confond presque toujours avec l'**administration publique** [1].

Celle-ci peut être appréhendée soit d'*un point de vue fonctionnel,* soit d'*un point de vue organique* [2].

A. L'approche fonctionnelle de l'administration publique

Du point de vue fonctionnel, l'administration est considérée comme un *ensemble d'activités* qui se caractérisent à la fois par leurs *finalités* et par leurs *modalités* d'exercice.

I. Les finalités

Elles varient beaucoup d'un État à un autre et dépendent de la conception que l'on se fait du rôle de la puissance publique. Néanmoins, l'on peut admettre qu'elles ont à voir avec le maintien de l'ordre public (a) et la satisfaction des *autres* besoins d'intérêt général (b).

a) L'**ordre public,** dans son expression la plus large, est la paix interne qui permet à un groupe humain d'être vraiment une société au sens où l'entendait la philosophie des Lumières dans la doctrine du contrat social [3]. L'avènement de la norme met fin à l'état de nature. Il permet d'abord à chacun d'exercer ses droits dans le respect de ceux d'autrui et, surtout, il garantit à tous le bénéfice des libertés publiques consacrées notamment dans les préambules des constitutions. Cette sorte de calme minimal est nécessaire à la poursuite des autres entreprises de la puissance publique, par exemple, la recherche de la prospérité ou du bien-être du plus grand nombre.

Le droit positif contemporain, en France tout au moins et dans un sens plus restreint, définit les composantes de l'ordre public et en distingue, principalement, trois qui sont caractéristiques de la **police administrative** [4]. La *tranquillité publique* résulte de l'interdiction générale de la violence et suppose aussi des mesures très diverses allant, par exemple, jusqu'à la réglementation du bruit ; la *sécurité publique* est illustrée par la sécurité de la circulation, notamment celle des piétons et des véhicules de toutes sortes ; la *salubrité publique* correspond à tout ce qui concerne l'hygiène (propreté des villes, tenue des halles et marchés, etc.) et la santé publique.

b) Quant aux *autres* **besoins d'intérêt général**, ils ont toujours été très discutés. Traditionnellement l'idéologie libérale tend à les réduire, estimant qu'il faut soustraire, de

---

1. Ce qui n'empêche pas la distinction de l'Administration publique et privée d'être au cœur des discussions concernant la définition de l'objet même de la science administrative. V. *infra*, p. 28, *Pour approfondir*.
2. La tradition veut que, généralement, on écrive administration avec un a minuscule s'il s'agit de l'administration en tant qu'ensemble d'actions (point de vue fonctionnel) et Administration avec un A majuscule si l'on vise l'organisme pris dans sa totalité.
3. V., par exemple, la doctrine du contrat social selon J. Locke, dans J.-J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique*, Payot, 1979, t. I, p. 36. Et, plus généralement : E. Cassirer, *La philosophie des Lumières*, Presses-Pocket, coll. « Agora », 1990 (1re éd., 1932), notamment p. 327 et s. ; ou, sous la direction de M. Delon, *Dictionnaire européen des Lumières*, PUF, 1997. Sans oublier Locke lui-même, Hobbes ou encore Rousseau.
4. V. *infra,* dossier 11, chapitre 1 (La police administrative).

façon plus ou moins radicale, les activités industrielles et commerciales à l'emprise administrative (par application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie). Au contraire, le socialisme s'en fait une conception beaucoup plus large, ce qui peut se traduire (comme après 1981) par une politique de nationalisations. En tout état de cause, l'étendue des missions d'intérêt général assurées par les collectivités publiques apparaît fortement liée à l'évolution de la société. Dans un pays comme la France, elles étaient peu nombreuses au XIXe siècle, mais elles se sont considérablement accrues, surtout depuis la crise économique des années 1930. Ce qui a conduit à opposer un *État-providence* et un *État-gendarme*. Le premier se prétend prêt à répondre à tous les besoins de la vie sociale. Le second s'en tient pour l'essentiel au maintien de l'ordre public et à la défense de la collectivité nationale contre les dangers extérieurs ; pour le reste, il ne se préoccupe guère que de la mise à la disposition des usagers d'un bon réseau de communications ou de l'aide indispensable aux indigents [1].

D'une tendance à l'autre, il n'y a pas seulement une différence de degré d'intervention. L'histoire de la pensée politique depuis les XVIe-XVIIe siècles montre que c'est la conception même de la notion d'intérêt général qui est en jeu : « dans sa version utilitariste et libérale, la notion d'intérêt général permet de penser l'organisation de la vie sociale sur le modèle de l'activité économique, sans qu'il soit besoin de faire intervenir un pouvoir politique régulateur des relations entre les individus. Dans sa version volontariste et rousseauiste, l'intérêt général ne saurait être obtenu, ni les liens sociaux subsister, sans que l'intérêt personnel ne s'efface devant la loi, expression de la volonté générale, et sans que l'État ne régule la société civile pour garantir la réalisation des fins sur lesquelles cette volonté s'est prononcée » [2].

En France, sous une forme ou une autre, la seconde « version » a toujours été prépondérante. Dans la doctrine républicaine, « l'intérêt général est l'œuvre du législateur et son contenu est déterminé par la loi qui est l'essence de l'État et le ciment de la société » [3]. Prévaut cette idée que les besoins d'intérêt général ne sont pas seulement l'addition des intérêts particuliers. Ils transcendent ceux-ci et acquièrent par là même cette spécificité qui fait de l'intérêt général *l'unique justification de toute activité publique.* Cela, quel que soit ce qu'il recouvre et alors qu'il se rapporte en réalité à des cercles de personnes plus ou moins étendus. Il peut désigner des besoins communs à toute la collectivité (dont la satisfaction correspond bien à l'intérêt « général ») : tel est le cas de l'enseignement ou de la santé publique. Mais il correspond également à des besoins différenciés d'un point de vue territorial : l'intérêt général des habitants d'une commune, d'un département, d'une région. Il peut enfin se rapporter à des intérêts collectifs propres à un nombre restreint de personnes : sera, en ce sens, d'intérêt général une politique publique d'aide à telle ou telle catégorie sociale.

Se pose avec acuité la **question de la formulation de l'intérêt général** ainsi conçu. Quel système politique va garantir le mieux la légitimité des organes en charge de le

---

1. Au XIXe siècle, la doctrine de cet État « libéral » était exposée notamment par B. Constant, *Œuvres (Principes de politique)*, Gallimard, « La Pléiade ». Pour ce qui est de la distinction contemporaine de l'État-providence et de l'État-gendarme, v. l'introduction du dossier 11, p. 504.
2. Conseil d'État, « Rapport public 1999. L'intérêt général », *EDCE* nº 50, La Documentation française, p. 248 (« Considérations générales du Conseil d'État », suivies de diverses contributions).
3. *Ibid.*, p. 262.

déterminer ? Sans développer [1], il faut souligner au moins le rôle joué par l'Administration et son juge. Bien qu'il soit en principe second par rapport à celui du législateur, il est en réalité décisif, ne serait-ce que pour l'élaboration de ce qu'il est convenu d'appeler une « idéologie de l'intérêt général » [2]. Il convient également de noter qu'aujourd'hui une certaine inquiétude se manifeste : **« l'intérêt général, une notion en crise ? »,** s'interroge le Conseil d'État. Comment ne le ferait-il pas, lorsque l'État lui-même est contesté, tout comme les mécanismes traditionnels de la représentation ? Et alors que l'opposition de l'intérêt général et des intérêts particuliers plus que jamais se brouille, s'obscurcit. Les questions sont liées. S'interroger sur l'intérêt général, c'est d'abord et surtout réfléchir sur ce qu'il en est de l'État [3], étant entendu que la question se pose désormais dans le cadre communautaire [4].

II. Les modalités d'exercice

Dans sa conception traditionnelle, l'intérêt général déterminé par la loi est mis en œuvre par le gouvernement, lequel dispose d'une Administration ayant des pouvoirs étendus. Les moyens sont variés. Chaque domaine d'activité publique appelle ses solutions. Que l'on prenne, par exemple, la route. Toutes les semaines « elle tue » : assurément, l'Administration doit essayer de lutter contre ce fléau. Comment ? Tout d'abord, elle peut limiter la vitesse : elle édicte des *réglementations*. Et puis, elle fera peut-être plus : elle organisera, notamment, une campagne publicitaire recommandant la prudence et donnant divers conseils. Comme ces *incitations* seront encore insuffisantes, elle se décidera à améliorer le réseau routier et, en particulier, les signalisations : la puissance publique se mettra alors au service des automobilistes par des *prestations* directes.

En toutes matières, les réglementations, incitations ou prestations traduisent les choix effectués pour assurer les activités d'intérêt général que l'on appelle en France des **services publics** [5]. Le régime juridique de ces activités est toutefois devenu fort complexe. Régies *partiellement* par des règles de droit public, elles le sont aussi très largement par le droit privé. Assurées ou *seulement assumées* par une personne publique, elles sont prises en charge par des institutions multiples. En effet, si toutes les tâches administratives

---

1. Outre le rapport précité du Conseil d'État, v. les ouvrages de droit constitutionnel ou de philosophie juridique et politique.
2. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général,* Economica, 1986 (préface de G. Vedel). Des rapports comme celui du Conseil d'État en sont les vecteurs. Ils s'ajoutent, par exemple, à la multitude de ceux conçus dans le cadre de la réflexion sur la réforme de l'État, notamment par le Commissariat général du plan (aujourd'hui remplacé par le Centre d'analyse stratégique) : tel rapport considère que « l'État doit réinventer l'intérêt général » (Commission « État, administration et services publics de l'an 2000 » présidée par C. Blanc, Préparation du XIe plan, *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général,* La Documentation française, 1993) ; tel autre ouvrage s'interroge, à partir d'études de cas, sur « la formulation de l'intérêt général » (dir. C. Gremion et R. Fraisse, *Le service public en recherche. Quelle modernisation ?,* La Documentation française, 1996).
3. V. *infra,* § 3 de ce dossier, et *Pour approfondir*.
4. V. S. Rodrigues, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006.84.
5. « **Service public.** Activité d'*intérêt général*, assurée ou assumée par une personne publique, et régie au moins partiellement par des règles de droit public » (A. Van Lang, G. Gondouin ; v. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, 4e éd., 200 5). *Infra*, dossier 11.

s'insèrent dans l'exercice du *pouvoir exécutif* [1], toutes ne sont pas accomplies directement par le gouvernement ou sous son *autorité,* c'est-à-dire par l'Administration d'État. D'autres sont exercées sous son *contrôle* par des administrations autonomes. On qualifie ainsi l'ensemble des structures administratives publiques dotées de la personnalité morale et disposant en conséquence d'une certaine autonomie par rapport à l'État : collectivités territoriales, établissements publics, groupements d'intérêt public, autorités publiques indépendantes. Participent également de plus en plus des personnes privées.

L'Administration d'État assure dans certains domaines les tâches administratives de façon exclusive (par exemple, la politique de l'immigration et la police des étrangers définies et mises en œuvre par les ministères compétents et par les préfets qui sont subordonnés au gouvernement). Mais, pour un très grand nombre d'activités, l'Administration d'État et les administrations autonomes sont en fait mêlées, c'est-à-dire interviennent conjointement avec un partage des responsabilités. Par exemple, les règles relatives à la circulation des véhicules figurent, pour partie, dans le Code de la route ; celui-ci est, pour l'essentiel, un ensemble de dispositions arrêtées par le gouvernement, mais il est complété, notamment, par des arrêtés pris par les maires qui échappent, en l'espèce, à l'autorité hiérarchique du pouvoir central ou de ses représentants. Ce partage des tâches n'est pas de la plus grande clarté dans beaucoup de domaines en raison de *l'enchevêtrement complexe des compétences.*

B. L'approche organique de l'administration publique

Du point de vue organique, l'Administration est un ensemble d'institutions ayant en commun de relever de personnes morales et au sein desquelles agissent des personnes physiques.

I. Des personnes morales

Elles sont des « unités » juridiques considérées comme des sujets de droits et d'obligations. Aujourd'hui, la très grande diversité de personnes morales qui assurent des activités administratives soulève un problème de définition de l'Administration. Deux conceptions sont possibles.

---

1. V. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, réédition par le CNRS du texte de 1920, 1962 (p. 502). Dans sa présentation des fonctions de l'État, Carré de Malberg analyse l'essence même de la fonction administrative et se demande dans quelle mesure l'on peut qualifier cette fonction d'exécutive : « Lorsqu'on caractérise l'administration en la dénommant fonction exécutive, cela ne veut pas dire que l'administrateur soit réduit à un rôle d'exécution servile, ne comportant de sa part aucune initiative, aucune possibilité d'appréciation libre ou de décision personnelle. Il est bien certain, on va le voir dans un instant, que l'administrateur est souvent investi de pouvoirs larges. Mais du moins, le point capital, dans l'État légal, c'est que, larges ou étroits les pouvoirs de l'administrateur ne peuvent lui venir que de la loi. C'est en cela que la fonction administrative a pu, à bon droit, être qualifiée d'exécutive. On ne veut pas non plus donner à entendre par là que les lois suffisent à tout prévoir et à tout régler : on veut dire seulement que les actes de puissance administrative ne peuvent être faits qu'en vertu d'un texte législatif ; ils présupposent une loi, sur laquelle ils puissent s'appuyer et dont ils constituent en ce sens l'exécution ». L'évolution du droit positif contemporain et, en particulier, la limitation du domaine de la loi, dans la Constitution de 1958, modifient en partie cette présentation de la fonction administrative. La marge d'« initiative » est étendue, et la part d'« exécution » se trouve alors limitée. Pourtant l'« Exécutif » continue à se définir en s'opposant au « Législatif ».

Il est courant, dans une **conception large,** de considérer que l'Administration recouvre l'ensemble des personnes morales ayant une mission administrative, qu'il s'agisse d'organismes publics ou d'organismes à statut privé. Bien souvent, ces personnes morales correspondent à des collectivités, c'est-à-dire à un groupement humain présentant une certaine homogénéité. *L'État* lui-même se trouve répondre à cette définition. *Les autres collectivités* lui sont subordonnées ; elles sont *infra-étatiques :* elles correspondent à une fraction de la collectivité étatique. Le critère qui permet de les qualifier est d'ordre spatial ou professionnel. Le territoire divisé en circonscriptions fait ainsi apparaître des groupements liés à la commune, au département, à la région, à l'outre-mer. Quant à la profession, elle s'exprime notamment avec les ordres professionnels qui fixent la déontologie de certaines activités (médecins, architectes, experts-comptables...). Les autres sujets de droits et d'obligations sont créés pour des raisons très diverses et revêtent donc des structures particulièrement différenciées. Aux *établissements publics* (par exemple : une université, un hôpital), *groupements d'intérêt public* et autres *autorités publiques indépendantes*, s'ajoutent toutes sortes d'*associations* qui peuvent assurer la participation des administrés à l'action administrative et qui sont parfois chargées de missions de service public, de même que des *sociétés.* À l'intérieur de l'Administration, s'opposent alors, en définitive :

– les *collectivités territoriales*, l'État et les collectivités territoriales infra-étatiques (régions, départements, communes, collectivités d'outre-mer) ;

– les *institutions spécialisées*, les établissements publics, les groupements d'intérêt public, les autorités publiques indépendantes, les ordres professionnels et divers organismes privés.

Cependant, cette approche globale de l'Administration inclut des institutions qui en réalité ne s'intègrent à elle que fonctionnellement, en raison de leur activité. C'est pourquoi une **conception restreinte** apparaît sans doute plus satisfaisante. En dépit des ambiguïtés qui conduisent à parler, dans certains cas, de véritables « démembrements de l'Administration », les personnes privées intervenant dans l'action administrative ne font pas partie intégrante de l'Administration publique. En effet, au sens organique strictement entendu, celle-ci s'incarne dans des *personnes morales de droit public (ou personnes publiques)*, c'est-à-dire essentiellement l'État, les collectivités territoriales infra-étatiques, les établissements publics, les groupements d'intérêt public et les autorités publiques indépendantes [1].

---

1. V. toutefois, attestant l'impossibilité de donner une définition unique, l'article 1er de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*JO* 13 avr. 2000) : « Sont considérés comme autorités administratives au sens de la présente loi les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics à caractère administratif, les organismes de sécurité sociale et les autres organismes chargés de la gestion d'un service public administratif ». Ne sont pas visées toutes les personnes publiques puisque sont exclus les établissements publics à caractère industriel et commercial et sont ignorés les groupements d'intérêt public, mais s'ajoutent des organismes privés. Une partie des organismes de sécurité sociale et les « autres organismes... ». Alors, la catégorie des autorités publiques indépendantes n'existait pas encore ; elle est apparue avec la loi de sécurité financière du 1er août 2003 (citée *infra*, p. 200).

II. Des personnes physiques

Elles agissent pour le compte des personnes morales et leurs statuts sont très différenciés : Président de la République, membres du gouvernement, préfets, élus locaux, fonctionnaires, agents contractuels...

Pour ce qui concerne les personnes publiques, les fonctionnaires constituent, quantitativement, la partie la plus importante. Ce qui les caractérise est leur titularisation dans un grade (administrateur civil, par exemple) de la hiérarchie administrative.

En tant qu'agents administratifs, toutes ces personnes physiques exercent des **attributions** plus ou moins larges et plus ou moins importantes. Certaines d'entre elles disposent de véritables pouvoirs de décision : elles accomplissent des actes qui créent des droits ou des obligations pour les administrés ou pour d'autres agents publics. Elles sont titulaires d'une **compétence.** Ce sont des **autorités administratives** (le président de la République, le Premier ministre, les ministres et secrétaires d'État, les directeurs des établissements publics, les préfets, les maires,...) qui peuvent être constituées en collège (conseil municipal, conseil général, conseil régional,...), certaines étant plus précisément qualifiées d'*autorités administratives indépendantes* [1].

En résumé, il apparaît possible de faire coïncider les approches fonctionnelle et organique : au sens fonctionnel, l'*administration* est l'ensemble des activités qui, selon certaines modalités, tendent au maintien de l'ordre public et à la satisfaction des autres besoins d'intérêt général ; au sens organique, l'*Administration* est l'ensemble des personnes morales et physiques qui accomplissent ces activités. Toutefois, cela suppose une définition organique excessivement large. Si l'on s'en tient, de ce point de vue, aux seules personnes publiques, il faut admettre que les deux définitions ne se recoupent pas : l'administration (au sens fonctionnel) est le fait de l'Administration (au sens organique) mais aussi de certaines personnes privées [2].

§ 2. Esquisse d'une histoire de l'Administration française et du droit administratif [3]

L'Administration actuelle de la France (tout comme la manière de l'appréhender et de s'interroger sur elle) est née pour une part de la grande crise économique des années 1930

---

1. « Autorité administrative » est une expression ambiguë. Elle ne désigne pas seulement, comme ici, les organes chargés d'agir au nom des personnes publiques. Souvent, elle renvoie plus largement à tout ou partie de l'Administration. Outre l'article 1er de la loi du 12 avril 2000, cité ci-dessus, v. CE 14 nov. 2005, *M. Flamand, AJDA* 2006.215 : « la direction des services fiscaux du Lot, les services centraux et la direction générale des impôts et l'attaché fiscal auprès de l'ambassade de France en Belgique appartiennent tous trois à la direction générale des impôts, qui constitue une même autorité administrative au sens de l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978 » (loi relative au droit d'accès aux documents administratifs).

2. Force est également de constater que le contenu de cette administration (au sens fonctionnel) reste des plus incertains. Que sont exactement les activités administratives assurées par des personnes privées ? L'Administration (au sens organique), de son côté, n'a-t-elle que des activités administratives ? Autrement dit, si les personnes privées participent à l'administration, l'Administration n'assure-t-elle pas des activités privées ? Pourquoi ce qui joue dans un sens ne jouerait-il pas dans l'autre ?

3. Sur l'histoire de l'Administration : P. Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, PUF, « Thémis », 1968 ; réédition sous le titre « Trésor historique de l'État en France, l'Administration classique », Fayard, « Les savoirs », 1992 ; F. Burdeau, *Histoire de l'administration française du XVIIIe au XXe siècle*, 2e éd, Montchrestien, « Domat », 1994 ; Y. Thomas, *Histoire de l'Administration*, La Découverte, coll. « Repères », 1995.

et de ses suites, la Seconde Guerre mondiale et la nécessaire reconstruction à partir de 1945. Il est aussi admis que nombre de ses caractéristiques essentielles remontent à l'Ancien Régime ou à la période révolutionnaire [1].

A. La fin de l'Ancien Régime

Les structures qui se sont superposées au long des siècles se paralysent mutuellement. Certaines ont perdu toute efficacité : la *province*, par exemple, ne correspond plus à une véritable unité de décision ou de gestion. Toutefois, deux séries de faits sont réputées exprimer la vigueur du développement des activités publiques :

En premier lieu, la **centralisation** au profit du pouvoir royal s'accentue. Elle est l'œuvre, en particulier, des *intendants de justice, police et finances* qui, dans leur généralité, sont les représentants directs du souverain [2].

En second lieu, les éléments d'une administration plus efficace sont mis en place. Les grandes procédures comme l'*adjudication des marchés publics* se perfectionnent. L'État se préoccupe aussi de former ses cadres : la prestigieuse *école des Ponts et Chaussées* est créée par Turgot et le *corps des Mines* date également du XVIIIe siècle.

B. La Révolution et l'Empire

Les fondements de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit administratif apparaissent. En 1789, la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* rappelle avec force la suprématie de la **Loi** que l'Administration et le pouvoir exécutif dans son ensemble doivent respecter parce qu'elle est l'expression de la volonté générale (cf. Rousseau) et de la souveraineté nationale. Le même texte proclame son attachement à la **séparation des pouvoirs** (cf. Montesquieu). Celle-ci se prolonge par une **séparation des autorités judiciaires et administratives**, par l'interdiction faite à l'autorité judiciaire (héritière des Parlements hostiles aux réformes) de se mêler de l'action des autorités administratives. Les litiges qui pourraient naître de leur fait seront tranchés par ces autorités et, au sommet, par le chef de l'État s'appuyant sur l'avis du *Conseil d'État* créé en l'an VIII.

– Sur l'histoire du droit administratif : F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, CNRS, 1990 (2e tirage du texte de 1948) ; J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, « Droit fondamental », 1985 ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif* (*de la Révolution au début des années 1970*), PUF, « Thémis », 1995 ; G. Bigot, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, « Droit fondamental », 2002.

1. La prudence est, ici encore, de mise, tant il est vrai que, préoccupé d'éclairer d'emblée le présent par le passé, le juriste ne fait souvent, en matière d'histoire, que construire une mythologie surtout destinée à le fonder et légitimer ; jusqu'à ce que les historiens lui infligent de cinglants démentis. Pour un exemple récent, v. S. Soleil et L. Jaume, « Centralisation/Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA* 2005.760 ; ils s'attachent notamment à montrer, avant de le contester pertinemment, comment « le Tocqueville historien » en est venu à croire, « et tant de publicistes après lui » (dont les auteurs de ce manuel), « que les intendants *préfigurent* les préfets, que Versailles *préfigure* Paris, que le Conseil du roi *préfigure* le Conseil d'État, que le schéma d'Ancien régime *préfigure* l'ordre napoléonien... ». À la manière de Magritte (« Ceci n'est pas une pipe »), sans doute faut-il reconnaître que « ceci n'est pas le passé ». Ce qui, loin de conduire à l'ignorer, doit inciter à une interrogation permanente sur l'histoire, son écriture, sa place dans l'étude du droit administratif, comme dans celle de tout autre droit.
2. S. Soleil et L. Jaume mettent en garde (p. 761) : « ...parler de centralisation n'a pas et ne peut pas avoir le même sens avant et après 1789 ».

La volonté de rationalité qu'incarne si bien un homme comme Sieyès inspire la construction d'une Administration nouvelle au cours d'années tourmentées (1789-1815). Bien que la Raison soit invoquée pour faire table rase du passé, l'héritage de l'Ancien Régime est, en définitive, largement respecté. Les paroisses deviennent communes et l'Assemblée constituante divise la France en départements : toutes ces nouvelles divisions du territoire sont soumises au même régime juridique (principe d'uniformité). Dans une première étape fortement marquée par une volonté de décentralisation, l'administration territoriale repose sur l'élection des autorités. Mais, avec le Consulat et l'*œuvre de Bonaparte* qui veut assurer l'exercice efficace de l'autorité du pouvoir central, les divisions territoriales perdent leur autonomie : le système administratif est profondément modifié par l'institution du *préfet* « seul chargé de l'administration du département » [1] et nommé par le gouvernement. Le Premier consul, en a-t-on retenu depuis lors, ressuscite ainsi l'intendant de l'Ancien Régime et accroît ses pouvoirs, poursuivant par là même et de façon décisive ce que le général de Gaulle a pu appeler, tout en l'estimant alors dépassé, « l'effort multiséculaire de centralisation » [2].

C. L'évolution à partir de 1815

Après de tels bouleversements, l'Administration reste longtemps assez stable et, en particulier, elle est peu touchée par les conséquences de la révolution industrielle du XIXe siècle.

Pourtant l'accroissement des interventions de l'État — lent mais continu — s'accompagne d'une *diversification* de l'appareil administratif (apparition, par exemple, de nouveaux ministères) et d'une augmentation très sensible du nombre des fonctionnaires. Et la centralisation issue de l'Empire est si excessive que l'on se préoccupe d'instaurer une certaine *décentralisation* qui apparaît notamment dans la loi de 1871 relative au département et dans celle de 1884 qui concerne la commune.

La transformation la plus importante qui se produit au cours du XIXe est l'affirmation de l'autonomie du droit administratif et sa systématisation. Le Conseil d'État devient effectivement juge de l'Administration et, très normalement, le droit consacre cette évolution, notamment par la loi de 1872 qui, en même temps qu'elle crée le Tribunal des conflits [3], confère au Conseil d'État la qualité de juridiction et lui permet d'élaborer un droit propre à l'Administration qui se distingue du droit privé. Des théoriciens, principalement des professeurs de droit et des membres du Conseil d'État, systématisent la jurisprudence, essaient d'en découvrir les raisons d'être et proposent des évolutions. À cet égard, trois juristes acquièrent une grande notoriété. **Édouard Laferrière** dégage les principes du contentieux administratif [4]. **Maurice Hauriou** insiste sur les prérogatives des autorités administratives qui constituent la « puissance publique », tout en

---

1. Loi du 28 pluviôse an VIII ; v. *infra*, p. 213.
2. « L'effort multiséculaire de centralisation ne s'impose plus désormais. Au contraire, ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de la puissance économique » (discours à Lyon, le 24 mars 1968).
3. Le Tribunal des conflits est un indicateur de compétence ; un organisme tiers créé en dehors de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire pour déterminer, en cas de difficultés, quel est le droit applicable et quel est le juge compétent. V. le dossier 14.
4. É. Laferrière (1841-1901). Ce brillant avocat, adversaire du Second Empire fut nommé en 1870 maître des requêtes au Conseil d'État où il exerça les fonctions de commissaire du gouvernement jusqu'en 1879.

conférant à la notion de service public la fonction d'en assurer l'« autolimitation objective » [1]. De son côté, **Léon Duguit** met davantage en évidence les fonctions de l'Administration, la satisfaction par celle-ci de l'intérêt général, les « services publics » [2], concept central de toute la doctrine de ce qui a pu être appelé — non sans quelque abus de langage — « l'école du service public » (Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland) [3].

Après la Première Guerre mondiale, la crise économique des années trente secoue les institutions. Le rôle de l'État s'accroît considérablement, notamment dans le domaine économique. La puissance publique intervient pour surmonter les difficultés du capitalisme qui atteignent un paroxysme après 1929. Elle doit ensuite assurer, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, la reconstruction d'un pays rendu exsangue par un conflit long et impitoyable. Contraint d'intervenir comme animateur de la vie économique, **l'État ne**

Conseiller d'État, président de la section du contentieux, il devint vice-président de la haute assemblée à quarante-cinq ans. Il quitta le Palais Royal pour assurer la charge de gouverneur général de l'Algérie en 1898. À son retour, il fut nommé procureur général à la Cour de cassation. É. Laferrière fut aussi directeur des Cultes en 1879. Il tira son célèbre et très remarquable *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* d'un enseignement dont il avait été chargé à la faculté de droit de Paris en 1883. Cet ouvrage a été réédité par le CNRS à la LGDJ, 1989 (préface R. Drago). V. P. Gonod : *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 190, 1997 ; *Édouard Laferrière. Textes réunis et présentés par...,* PUF, « Doctrine juridique », 1999.

1. M. Hauriou (1856-1929). Nommé en 1882 à la faculté de droit de Toulouse, il y enseigne jusqu'à sa mort et il en fut le doyen de 1906 à 1926. La théorie de l'**institution** est au centre de ses réflexions (avec des sources diverses allant de la philosophie platonicienne à la sociologie de G. Tarde, en passant par T. d'Aquin et A. Comte) mais le droit administratif fut sa discipline d'élection : son ***Précis de droit administratif*** — réimprimé en 2002 (tel que revu et corrigé en 1933 par André Hauriou), Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz » — connut onze éditions et il commenta de nombreux arrêts du Conseil d'État (entre sa première note consacrée à l'arrêt *Cadot* de 1889 et la dernière portant sur l'arrêt *Époux de Sigalas* de 1928, Hauriou a rédigé 334 notes représentant plus de 2 200 pages. Réimpression de leur recueil en 3 vol., Éd. La Mémoire du Droit, 2000). V. L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 71, 1962.

2. L. Duguit (1859-1928). Docteur en droit à vingt-deux ans et professeur l'année suivante, il enseigna à Caen puis à la faculté de droit de Bordeaux dont il fut doyen de 1919 à sa mort. Il se réclamait du courant solidariste (L. Bourgeois, É. Durkheim, C. Gide). Son œuvre principale est le ***Traité de droit constitutionnel*** qui est, en réalité, une théorie de l'État et une vaste synthèse du droit public. C'est dans le domaine du droit administratif que sa contribution fut la plus importante avec, au cœur de sa réflexion, la notion de **service public** (« Dès lors, le principe de tout le système du droit public moderne se trouve résumé dans la proposition suivante : ceux qui en fait détiennent le pouvoir n'ont point un droit subjectif de puissance publique ; mais ils ont le devoir d'employer leur pouvoir à organiser les services publics, à en assurer et à contrôler le fonctionnement », écrit-il dans *Les transformations du droit public* en 1913, ouvrage réimprimé en 1999, Éd. La Mémoire du Droit). V. É. Pisier, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ, « Bibl. de philosophie du droit », t. 15, 1972. *Adde* : A. de Laubadère, « Les doyens M. Hauriou et L. Duguit », *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980. L'on notera que tous ces juristes ne sont pas que des techniciens du droit. Leur pensée juridique se nourrit des savoirs de leur époque, notamment de la sociologie. Par-delà le droit administratif, ils ont en commun d'avoir contribué à l'affirmation d'une **idéologie républicaine.** Sur celle-ci, v. par exemple : C. Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789-1924),* Gallimard, « Bibl. des Histoires », 1982 et coll. tel, n° 251 ; J. Donzelot, *L'invention du social,* Fayard, 1984 (pp. 86 et s., sur Hauriou et Duguit) ; M. Borgetto et R. Lafore, *La république sociale. Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, « La politique éclatée », 2000.

3. V. F. Melleray, « École de Bordeaux, école du service public et école duguiste. Proposition de distinction », *RDP* 2001.1887 — Et de Jèze : *Les principes généraux du droit administratif ;* 2 vol. (3e éd., 1930, t. 2), *La notion de service public. Les individus au service public. Le statut des agents publics*, (t. 1) *La technique du droit public français*, réimpression, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2003 et 2005.

se contente pas de réglementer : il devient planificateur et il se fait plus que jamais entrepreneur avec les *trois vagues de nationalisations* du Front populaire (1936), de la Libération (1945) et du début du septennat de François Mitterrand (1981).

Pour faire face à toutes ces nouvelles missions, l'Administration a besoin de cadres : en 1945, est enfin créée l'**École nationale d'administration** dont on avait rêvé déjà en 1848 et en 1936. Elle donne à l'État une bonne partie de ses administrateurs de haut niveau. Les structures elles-mêmes de l'Administration ont besoin d'être rénovées. La **réforme administrative** est à l'ordre du jour. Elle l'est en 1945, comme elle l'était déjà avant-guerre [1]. Elle n'a depuis cessé de l'être, devenant même, sous le nom de **modernisation,** l'un des thèmes essentiels du discours politique. Volonté réelle de transformation, susceptible de briser définitivement un modèle administratif traditionnellement réputé archaïque ? Ou vaine rhétorique, sans prise sur une Administration trop lourde de ses propres pesanteurs ? L'une et l'autre probablement, ce qui dissuade d'une interprétation résolument optimiste du processus en cours tout autant que d'une dénégation sans appel : « on voit moins se dessiner un véritable modèle alternatif à la bureaucratie que se profiler un ensemble d'*ajustements* destinés à atténuer certaines rigidités et à corriger certaines dysfonctions de ce modèle qui constitue toujours l'horizon indépassable des administrations contemporaines » [2].

Côté rhétorique, en tout cas, les changements sont profonds. Depuis les années 1980, alors que *les privatisations se multiplient*, **l'action publique tend à devenir affaire de gouvernance.** Et **l'État, dit-on, assure une fonction de régulation**, dans une « économie de marché ouverte où la concurrence est libre »[3]. C'est ainsi que disparaît le Commissariat général du plan. Symbole d'une époque révolue, il fait place (en 2006) à un *Centre d'analyse stratégique*. Peu avant (en 2005), au Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire s'était substitué le *Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires*.

§ 3. L'AUTONOMIE DU DROIT ADMINISTRATIF

Dès le XIXe siècle, alors que se développaient les juridictions administratives s'est posée la question du droit qu'elles doivent appliquer à l'Administration. Est-ce le droit privé (sous réserve de l'existence de certaines règles propres) ? Ou un droit spécial, dérogatoire par rapport au privé ? Avec l'affirmation de l'autonomie du droit administratif, le dualisme juridictionnel consécutif à la séparation des autorités administratives et judiciaires s'est accompagné d'un **dualisme juridique** (A). En est résulté un **régime administratif** très particulier qui conduit, depuis lors, à poser toujours les mêmes questions, de manière récurrente, dans un cadre théorique pourtant inchangé (B).

---

1. V. par exemple, L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 9e éd., 1947, p. 9 et s. (« Un mouvement de réforme de notre Administration s'affirme de nos jours de façon très nette »).
2. J. Chevallier, « La politique française de modernisation administrative », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 69.
3. Formule que l'on trouve à l'article 4 du Traité instituant la Communauté européenne.

A. Le dualisme juridique

La réponse à la question du droit applicable apparaît peu à peu, puis s'affirme avec éclat dans le célèbre **arrêt *Blanco* de 1873** [1].

Un enfant avait été blessé par un wagonnet d'une manufacture de tabacs. Les tribunaux judiciaires furent saisis par son père d'une action en dommages-intérêts dirigée contre l'État considéré comme responsable des fautes commises par les ouvriers de la manufacture. L'Administration estimait que l'ordre judiciaire était incompétent, et le Tribunal des conflits eut ainsi à se prononcer. Il le fit en ces termes : « La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier : cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles propres qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier le droit de l'État avec les droits privés ; dès lors, [...] l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître ».

L'arrêt *Blanco* affirme donc l'**autonomie du droit administratif** (d'abord du droit administratif de la responsabilité) conformément à cette idée qu'exprimait le commissaire du gouvernement David dans ses conclusions : « *il nous semble impossible, en bonne raison et en bonne justice, d'assimiler complètement l'État à un simple particulier* [...].

Si la responsabilité est seule visée, le principe a une portée générale, ce qui n'empêche pas l'Administration d'être parfois jugée par l'ordre judiciaire qui lui applique normalement le droit privé. L'État, précisait le commissaire du gouvernement David, peut agir de deux manières différentes : comme personne publique, mais aussi « comme propriétaire, comme personne civile capable de s'obliger par des contrats dans les termes du droit commun »[2].

B. Le régime administratif

Le régime administratif est la somme, en quelque sorte, du dualisme juridictionnel et du dualisme juridique (deux juges, deux droits). Deux éléments le définissent : l'Administration est régie largement par un droit autonome et elle est soumise le plus souvent à un ordre juridictionnel particulier [3].

Il découle de cette situation des conséquences importantes quant à la *définition* et aux *caractères généraux* du droit administratif.

---

1. TC 8 févr. 1873, *Blanco, R.*, 1er supplément 61, concl. E.-M. David ; *GAJA* nº 1.

2. Le dualisme juridique est une chose, la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction en est une autre. Affirmer l'un, n'était pas régler définitivement l'autre. Depuis 1873, les termes de l'arrêt *Blanco* et les conclusions David ont sans cesse été discutés et se sont prêtés à des interprétations diverses, suscitant des jurisprudences souvent complexes et difficiles à systématiser. V. dossier 14, p. 656.

3. Évidemment cette présentation ne peut que schématiser — excessivement sans doute — ce qu'a toujours été la réalité du droit positif : par exemple, il n'a jamais été contesté que le juge administratif, même s'il n'y est pas obligé, puisse faire application de règles qui sont foncièrement semblables à celles du droit privé. Le régime administratif se définit donc essentiellement par l'existence d'un juge administratif et par la liberté laissée à ce dernier d'écarter le droit privé (qui, pour cette raison, ne peut pas être vraiment considéré comme un « droit commun »). Si autonomie il y a, le juge administratif en est bel et bien le premier et « véritable bénéficiaire » (R. Hertzog, « L'autonomie en droit : trop de sens, trop peu de signification ? », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 445).

I. Définition du droit administratif

Dès lors qu'il y a dualisme juridique et que le juge judiciaire conserve une certaine compétence vis-à-vis de l'Administration, l'on pourrait à juste titre considérer qu'il existe deux droits administratifs. Au sens large, le droit administratif serait le droit de l'Administration. Il comprendrait toutes les normes s'appliquant à son activité. Au sens étroit, le droit administratif correspondrait aux seules règles juridiques différentes des règles du droit privé applicables, en principe, aux relations entre les particuliers (droit civil, droit commercial, droit du travail...). Ce serait logique et parfaitement fondé.

En réalité, seul le sens étroit apparaît être communément utilisé [1]. En tant que droit autonome, le droit administratif n'est à l'évidence qu'une **partie de l'ensemble des normes juridiques qui régissent l'Administration.** Plus précisément, il s'agit de l'ensemble des **normes qu'applique le juge administratif** pour trancher les litiges qui relèvent de sa compétence.

II. Caractères généraux du droit administratif

Ainsi défini, le droit administratif est *souvent présenté comme fondamentalement jurisprudentiel ou prétorien et constitué de règles exorbitantes du droit commun.*

a) Le *caractère jurisprudentiel ou prétorien prête à discussion.* Si l'on veut affirmer par là que les normes jurisprudentielles sont plus nombreuses ou plus importantes dans cette branche du droit que les normes législatives ou réglementaires, on avance un constat invérifiable et sans grand intérêt ; en réalité, de ce point de vue, le droit privé est probablement tout autant prétorien que le droit public. Si l'on tient absolument à comparer, tout au plus peut-on avoir le sentiment que dans leur politique jurisprudentielle respective, le juge administratif et le juge judiciaire sont inégalement audacieux : on imagine difficilement que le juge pénal, par exemple, puisse s'écarter de l'interprétation stricte des lois au nom de principes généraux du droit, autant que le fait le Conseil d'État. L'appréciation n'en paraît pas moins inexacte : le droit administratif est *fait de textes nombreux et détaillés*, à tel point que l'un des problèmes pratiques les plus importants de l'Administration est la codification de son droit [2].

Il est juste, malgré tout, de reconnaître que l'existence même d'un droit administratif autonome résulte de la volonté du juge (arrêt *Blanco*) et que tout le droit administratif est *empreint d'un esprit qui doit beaucoup à la jurisprudence*. À lui seul, sans doute, l'arrêt *Blanco* n'aurait pas suffit : il considère seulement qu'il y a des règles spéciales et qu'elles varient selon les besoins du service. Toutefois, à défaut de textes, c'est bien au juge qu'il revient, en cas de litige, de fixer les règles. Aussi, les juristes qui usent de cette idée que le droit administratif est un droit jurisprudentiel ont-ils surtout l'intention d'insister sur une donnée historique : le juge, à la fin du XIXe siècle, a décidé que, pour régler un litige

---

1. V. Y. Gaudemet, *DA* (André de Laubadère), t. 1, n° 21. V. aussi la formule utilisée par R. Chapus (*DA* n° 1) : « Ainsi, ce qu'on peut appeler (l'expression n'est guère en usage) le « droit de l'administration » est un droit mixte, fait pour une part de règles de droit public et pour l'autre des règles mêmes du droit privé. Ce sont les premières qui constituent, tel qu'il est enseigné, le droit administratif ».
2. V. *infra,* p. 177. Loin d'être clos, le débat s'en trouve relancé : F. Melleray, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005.637 ; et (critiques du précédent) P. Gonod et O. Jouanjan, « À propos des sources du droit administratif. Brèves notations sur de récentes remarques », *AJDA* 2005. 992.

administratif, il devait, faute d'une règle expresse applicable à l'affaire, dégager lui-même la base juridique de sa solution sans se contenter de puiser dans le droit privé (qui aurait été, dans ce cas, une sorte de droit commun).

Du même coup, le droit administratif peut paraître parfois trop pragmatique ou trop subtil. Il est, en tout cas, difficile à appréhender dans toute sa richesse, d'autant plus que les jugements et arrêts sont souvent elliptiques, voire obscurs, à force d'être concis. Ce qui ne doit cependant pas faire oublier que la complexité du droit administratif est d'abord et surtout le reflet de la complexité de la réalité. Elle tient moins au juge qu'à des facteurs extérieurs [1].

b) Longtemps considérée comme allant de soi, l'*exorbitance des normes, depuis quelques années, paraît moins affirmée.* L'on observe un mouvement de banalisation du droit administratif et ce qui n'était qu'exception devient la règle ou, tout au moins, pratique courante : « ...le juge administratif applique assez fréquemment des règles de droit qui ne sont pas, dès leur naissance, marquées du sceau du droit public, ou du droit privé d'ailleurs » [2] – Droit communautaire et européen, par exemple, sont souvent au cœur des débats.

Ce n'est pas sans conséquences. D'abord, par-delà la relativisation du dualisme juridique qui en résulte, c'est le dualisme juridictionnel lui-même qui se trouve à nouveau discuté : il n'y a plus vraiment « deux droits, deux juges » qui s'offrent au regard, mais de plus en plus souvent « un droit, deux juges » [3]. Ensuite, l'autonomie du droit administratif, qui se voulait radicale, perd de sa superbe : « aujourd'hui les frontières sont moins nettement tracées. L'expression tend à s'user et il serait indiqué d'accélérer le mouvement au profit d'une notion plus juste : l'indépendance des législations », notion qui ne comporte pas la même « dimension dogmatique » [4] et qui renvoie simplement à cette idée que, pour le juge, l'essentiel est de bien distinguer les législations et déterminer si telle ou telle règle s'applique.

Il n'y en a pas moins un sentiment de **« permanence du cadre théorique »** [5]. Dans un certain nombre de domaines, constitutifs de son champ de compétence, le juge administratif, s'il est saisit d'un litige, applique des règles dont l'ensemble donne la matière des enseignements de droit administratif. Alors que le champ de compétence demeure relativement stable [6], il est vrai que le bloc des règles en cause connaît de profonds

---

1. J.-M. Pontier, « Le droit administratif et la complexité », *AJDA* 2000.187 ; Dossier « La complexité locale. Comment « faire avec » ? Jusqu'où s'en accommoder ? », *Pouvoirs locaux*, n° 68, 2006, p. 37 à 120.
2. J.-Fr. Lachaume, « La liaison de la compétence et du fond en droit administratif », dans *L'exorbitance du droit administratif en question(s),* LGDJ, 2004, p. 71 (ouvrage dont le titre est aussi celui d'un article de F. Melleray, *AJDA* 2003.1961).
3. D. Truchet, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005.1767 (« Je préférerais, conclut-il, deux droits, un juge »).
Le dualisme juridictionnel n'est pas pour autant vraiment menacé. L'article cité est publié dans un dossier dont la présentation souligne que « peu d'auteurs » plaident pour sa suppression et il y fait figure d'exception (« Débat sur l'avenir du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005.1760). V. *infra*, p. 82.
4. R. Hertzog, cité p. 13, note 3.
5. D. Labetoulle, « L'avenir du dualisme juridictionnel : Point de vue du juge administratif », *AJD*A 2005.1770.
6. V. *infra*, dossier 14, La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire.

bouleversements [1]. Mais la question de la nature de ces règles nouvelles, de leur exorbitance, tout autant que celle du rôle de la jurisprudence, n'est jamais qu'affaire de représentation et d'interprétation doctrinale, jamais définitivement acquise. Aujourd'hui, comme hier, elle reste ouverte, contribuant à faire du droit administratif une discipline qui ne peut que s'interroger sans cesse sur sa raison d'être [2] – tout en ayant aussi le sentiment de sa nécessaire pérennité ?

§ 4. Les grands problèmes administratifs du monde contemporain

Largement liés à la croissance des interventions, ces problèmes n'ont cessé de paraître s'aggraver. L'augmentation continue du nombre de fonctionnaires en a été le reflet le plus apparent. Plus insidieuse et plus préoccupante a été la « complexification » des structures administratives. La multiplication des services anciens, par scissiparité, s'est doublée d'une création prolifique d'organismes nouveaux. Les raisons en étaient diverses et souvent justifiées *a priori,* mais les conséquences ont affecté le fonctionnement général de l'appareil administratif qui a suscité de vives critiques. Les difficultés de coordination, la mauvaise circulation de l'information en raison des cloisonnements, la dilution des responsabilités, la déperdition d'énergie en réunions ou rapports souvent vite oubliés ont conduit l'opinion publique à mettre l'Administration en accusation. **Toute puissance** et **oppression** ont été les maîtres-mots de ce réquisitoire. Ils le restent alors qu'après des décennies de politiques de modernisation aux résultats incertains s'impose le constat d'une situation préoccupante des finances publiques : depuis les années 1980, en dépit de la volonté affichée de réduction des dépenses, la **dette publique** a été multipliée par cinq [3]

Certes le respect du droit par les autorités administratives s'est notablement renforcé au cours du XXe siècle, avec un développement des contrôles et particulièrement du contrôle juridictionnel [4]. Toutefois l'Administration est visée par la contestation qui ébranle tout pouvoir et spécialement le pouvoir politique. Son extension, sa complexité sinon son hermétisme la transforment en un univers kafkaïen. Les administrés la subissent mais ils ne savent ni comment elle agit ni pourquoi elle leur impose telle ou telle décision. Et, alors même qu'elle ne cesse depuis des décennies d'afficher une volonté de transparence, son opacité paraît encore accroître la distance qui les sépare des instances dont ils dépendent.

La recherche de solutions passe d'abord par une réflexion sur la puissance publique et sa place dans la société. L'idée de puissance publique renvoie notamment à la question fondamentale et complexe du pouvoir normatif de l'État : quels sont les fondements, le contenu et les limites de ce pouvoir d'édicter des règles juridiques ? Quel est, d'une manière générale, le rôle du droit et quelle est la place aujourd'hui du droit étatique ? Si

---

1. V. *infra*, dossier 3, Les sources du droit administratif.
2. V. *infra*, p. 28. *Pour approfondir* de ce dossier.
3. Commission présidée par M. Pébereau, *Rompre avec la facilité de la dette publique. Pour des finances publiques au service de notre croissance économique et de notre cohésion sociale*, La Documentation française, Rapport officiel, 2005, p. 11. La dette financière des administrations publiques, annonçait ce rapport, « dépassera 1 100 milliards d'euros fin 2005. Elle est passée d'un cinquième aux deux tiers de notre production nationale annuelle en vingt-cinq ans ». S'y ajoutent d'autres engagements, dont ceux concernant les retraites des fonctionnaires (estimés à un montant minimum de 400 milliards d'euros).
4. V. le dossier 2 sur le contrôle de l'Administration.

l'État intervient trop, qu'il intervienne moins ! Mais alors que doit-il exactement faire [1] ? Que veut-on dire en affirmant qu'il doit aujourd'hui assurer une fonction de régulation et que cela implique une gouvernance qui ne peut qu'être, cela va de soi, une « bonne gouvernance » ? Faute d'une réponse assurée, la question d'une redéfinition du rôle de l'État continue de se poser tout autant que celle de sa modernisation.

A. Le rôle de l'État

Il ne s'agit évidemment pas d'une question propre à la France. Les interventions de l'État ont eu tendance à s'accroître partout. Il en a nécessairement été ainsi dans les États socialistes qui réalisaient plus ou moins totalement l'appropriation collective des moyens de production. Dans les jeunes États issus de la décolonisation, il a aussi semblé impossible d'abandonner totalement aux initiatives privées les tâches immenses du développement [2]. Enfin, même dans les sociétés industrielles qui ont choisi d'être des démocraties pluralistes, l'on a pu penser que l'action publique était rendue nécessaire par les difficultés de conjonctures économiques. De surcroît, elle a semblé indispensable pour atteindre, par des politiques sociales appropriées, le « bien-être » (*welfare state*).

En réalité, cela n'a jamais fait l'unanimité et la question du rôle de l'État est ancienne, en France comme ailleurs. Quand d'aucuns se sont demandés ce qu'il doit faire — et s'il doit plus précisément « *faire ou faire faire* » — d'autres ont toujours été prompts à dénoncer l'« étatisme ». À l'extrême, il faudrait laisser faire, « *ne rien faire* » [3]. Le débat a été particulièrement vif après 1981, quand la France s'est engagée dans une relance du processus interventionniste. Alors, en effet, les nationalisations étendaient le rôle économique de l'État. À côté de ses fonctions d'assistance (sécurité sociale, aide et action sociales...), il était plus que jamais banquier, assureur, transporteur, constructeur de voitures automobiles, etc. Dans le même temps, d'autres pays donnaient l'exemple contraire et la tendance générale était plutôt au reflux. Margaret Thatcher en Grande-Bretagne, Ronald Reagan aux États-Unis, confiants dans les seuls mécanismes du marché, entendaient déréglementer, réduire au strict minimum les prestations assurées, y compris en limitant l'effort de solidarité en faveur des plus défavorisés.

Finalement, les majorités qui se sont succédé en France, depuis 1986, ont en fait — et quels que soient les discours tenus — adopté des positions plus nuancées. L'ultralibéra-

---

1. « Que doit faire l'État ? Il doit d'abord répondre à cette question. » (*L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État présidée par J. Picq, La Documentation française, coll. des Rapports officiels, 1995). V. aussi É. Picard, « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 20 juill. 1999, n° spécial *Puissance publique ou impuissance publique ?*, p. 11. Et, sur le pouvoir normatif, *infra*, dossier 3, *Pour approfondir.*

2. Quels que soient ses défauts (et ils sont nombreux), le « modèle » français de l'Administration publique et du droit administratif s'est, de ce fait, largement répandu dans certains pays du monde, notamment en Afrique. Les nouveaux États ont souvent imité (parfois abusivement) les institutions de l'ancienne métropole. V. J. Rivero, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », dans *Pages de doctrine*, LGDJ, t. 2, 1980, p. 549 ; G. Conac (dir.), *Les institutions administratives des États francophones d'Afrique noire*, Economica, 1979 ; D. Darbon et J. Dubois de Gaudusson (dir.), *La création du droit en Afrique*, Khartala, 1997 ; *Afrique contemporaine*, n° 199, n° spécial 3e trimestre 2001, « L'État en Afrique : entre le global et le local ».

3. V. par exemple, F.-A. Hayek (1899-1992), l'un des inspirateurs du procès contemporain de l'interventionnisme étatique, dans *Droit, législation et liberté*, 3 vol., PUF, 1980-1983. Et *supra*, p. 3, sur les finalités de l'administration.

lisme n'apparaît pas crédible et le « tout État », après l'effondrement des régimes communistes de l'Est, n'est guère plus défendable. Un consensus semble donc s'être imposé pour dépasser l'alternative du plus ou moins d'intervention. **« Mieux faire »,** a-t-on dit, tout en s'accordant sur la *nécessité d'un recul de l'État producteur* et d'un *recentrage sur les missions essentielles de protection et solidarité* [1].

Dans cette perspective, le « positionnement » de l'État a pu être analysé à partir de **deux séries d'interrogations :** « *sur la légitimité de l'action publique elle-même, sur le niveau pertinent auquel elle doit être conduite* » [2].

S'agissant de la **légitimité de l'action publique,** il est clair que si l'État n'a pas à administrer l'économie, ni à se substituer aux entreprises, son rôle reste en ce domaine considéré comme indispensable. Il est double : « *réguler les marchés* » et, alors qu'avec la mondialisation économique se généralise une logique d'affrontement, « *promouvoir la compétitivité nationale* ». La réglementation et l'incitation demeurent ses instruments privilégiés, même si la première paraît devoir être complétée par la création de « *régulateurs* » plus ou moins autonomes pour exercer un contrôle *a posteriori*, de caractère quasi juridictionnel, sur le fonctionnement des marchés — pendant que l'État les encadre par la réglementation *a priori* [3]. N'est pas abandonnée non plus – au nom d'un « patriotisme économique » (revendiqué par certains, dénoncé et raillé par d'autres) – l'ambition d'une politique industrielle [4]. Est également réaffirmée la responsabilité de l'État en matière de « *réparation du risque social... solidarité sociale... diffusion du savoir* ». Il doit rester garant de l'intérêt général, garant de la solidarité, quitte à repenser son action et surmonter une crise qui semble plus aiguë que jamais [5]. Comment, en effet, désormais maîtriser les dépenses, rembourser la dette publique et néanmoins financer les dépenses sociales ? Alors que la population active ne cesse de diminuer et qu'augmente le nombre des exclus, des choix politiques décisifs sont à faire [6] et de nouveaux mécanismes sont à inventer.

---

1. J. Chevallier, « Le débat sur l'État », *Regards sur l'actualité*, n°s 209-210 (« Les grands débats des années Mitterrand »), mars-avr. 1995, La Documentation française ; *RFAP* 1997, n° 84, « L'État en question(s) ».

2. *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, rapport cité *supra,* p. 5, note 2.

3. « Le régulateur, a déclaré le Premier ministre Lionel Jospin, n'a pas vocation à se substituer aux pouvoirs publics. Au législateur et au gouvernement de définir les finalités et de garantir les équilibres ; au régulateur d'être l'arbitre des litiges entre opérateurs et d'être attentif aux intérêts du consommateur » (*Le Monde* 28 mars 1998).

4. V. J.-L. Beffa, *Pour une nouvelle politique industrielle*, Rapport au président de la République, La Documentation française, 2005. Outre la création d'une Agence de l'innovation industrielle (par décret du 25 août 2005), en sont notamment résultés les pôles de compétitivité qui tendent à associer, sur un territoire donné, des entreprises et des centres de formation et de recherche, autour de projets communs innovants (V. N. Jacquet, D. Darmon, *Les pôles de compétitivité. Le modèle français*, La Documentation française, 2005 ; www.competitivite.gouv.fr).

5. Sur cette crise, v. plus particulièrement P. Rosanvallon, *La crise de l'État providence*, Le Seuil, 1981 ; *L'État en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, 1990 ; *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Le Seuil, 1995 ; R. Fauroux et B. Spitz (dir.), *Notre État. Le livre vérité de la fonction publique*, Robert Laffont, 2001 ou Hachette Littératures, « Pluriel », 2002, *État d'urgence. Réformer ou abdiquer : le choix français*, Robert Laffont, 2004 ; E. Maurin, *Le ghetto français : enquête sur le séparatisme social,* Le Seuil, coll. « La République des idées », 2004.

6. Par exemple, faut-il s'attacher, dans une perspective libérale, à baisser les prélèvements obligatoires (les impôts directs et indirects, les charges sociales des entreprises), considérant que c'est une condition de la croissance économique ? Ou faut-il s'y refuser, considérant là que c'est la condition d'une action publique solidaire (observant alors que « les pays où il y a le moins de pauvreté sont ceux où les

L'interrogation sur le **niveau pertinent** auquel doit être conduite l'action publique n'est pas moins décisive. La *construction européenne* d'un côté, la *décentralisation* de l'autre, conduisent à se demander si l'État, peu à peu, ne devient pas inutile. Se refuser à l'admettre — considérer que les transferts de compétences au profit de l'Union européenne doivent être limités au strict nécessaire et qu'à l'égard des collectivités décentralisées l'État reste le garant de l'unité nationale — ne dispense pas, bien au contraire, d'une réévaluation de son rôle. Très sollicité depuis quelques années, le *principe de subsidiarité* donne un cadre de raisonnement applicable à tous les niveaux [1]. Encore faut-il décider de ce que chaque niveau peut le mieux faire.

B. La modernisation administrative

Allant de pair avec la réflexion sur le rôle de l'État, la modernisation administrative se doit d'en concrétiser les résultats [2]. La difficulté majeure est de devoir conduire simultanément des réformes diverses voire divergentes. Améliorer la gestion par une rationalisation risque d'éloigner encore plus l'Administration de ses interlocuteurs et d'accentuer le sentiment d'oppression. Cette recherche de l'efficacité semble donc devoir être impérativement doublée d'un effort d'ouverture de l'appareil administratif, d'amélioration de ses rapports avec son environnement.

À l'issue du Comité interministériel pour la réforme de l'État du 12 octobre 2000, apparaissaient ainsi : « une priorité : répondre aux nouvelles attentes du citoyen ; une exigence : une gestion plus transparente et plus efficace ; un choix : s'appuyer sur les agents, acteurs de la modernisation ». Le tout tient dans une expression toujours très en vogue : **« démarche qualité ».** Il faut tout à la fois améliorer la qualité de la gestion publique, la qualité de la gestion des ressources humaines et celle du service rendu aux citoyens [3].

I. Améliorer la qualité de la gestion publique

Il va sans dire que l'Administration, étant donné l'ampleur de ses tâches, doit tendre à être de plus en plus efficace : la recherche du *rendement administratif* a été et reste l'un

---

prélèvements obligatoires sont les plus élevés » — point de vue de l'économiste Jean Gadrez, *Le Monde* du 10 avril 2004) ?

1. C'est un principe issu notamment de la doctrine sociale de l'Église catholique (L'encyclique de Pie XI *Quadragesimo Anno*, du 15 mai 1931, le définissait en ces termes : « de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, aussi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes »). Il signifie qu'à chaque niveau ne doit pas être fait ce que d'autres, à un niveau inférieur, sont mieux à même de faire. V. le traité instituant la Communauté européenne (art. 5) ; et la Constitution (art. 72) telle que modifiée en 2003 — v. *infra*, p. 108 et 256).
2. Elle-même va de pair avec une **modernisation de la vie politique** qui répond aux mêmes objectifs et relève de la même logique.
3. Rapport annuel mars 2000-mars 2001, *La fonction publique et la réforme de l'État*, La Documentation française, p. 99. (Pour ce qui est de la « gestion des ressources humaines », v. dossier 7). V. aussi *État et gestion publique. Actes du colloque du 16 décembre 1999*, La Documentation française, coll. « Les rapports du Conseil d'analyse économique », 2000 ; *RFAP* 2003, nº 105-106 (*La réforme de l'État et la nouvelle gestion publique : mythes et réalités*).

des problèmes essentiels des sociétés contemporaines. Il s'agit, notamment, d'améliorer la gestion en exploitant à cette fin le progrès scientifique (le *calcul économique,* par exemple) et technique (l'*informatique* sous toutes ses formes).

À cet égard, les États-Unis ont joué un rôle de pionnier. Ils ont lancé le mouvement du **management public** qui, dans de nombreux États, s'est développé à partir des années 1960. Le PPBS (*Planning Programming Budgeting System*) est devenu en France la **RCB :** la *rationalisation des choix budgétaires*. Mais si le nom a changé, la réalité est restée à peu près la même. Selon les responsables de cette modernisation de l'administration, il s'agissait de « *préciser* des critères de choix, *comparer* les divers objectifs souhaités et les divers moyens de les atteindre, *mesurer* avec une approximation suffisante le coût total des actions à engager et les avantages que l'on peut en attendre, peut-être plus tard, *agréger* ces mesures et ces comparaisons non pas seulement dans le cadre d'un ministère mais au sommet, entre les missions diverses de l'État, *raisonner* pour ce faire non plus dans le cadre traditionnel de l'annualité mais dans une perspective à plus long terme » [1].

L'ambition était grande mais les résultats furent décevants, moins sans doute du fait de la difficulté à mener logiquement les opérations préconisées qu'en raison de la complexité de certains des discours tenus et du manque d'adhésion des personnels intéressés. Trop de prétention à la rationalité risque en effet de ne mener qu'à l'artificialité et à une sophistication des approches qui deviennent vite ésotériques [2].

Dans une circulaire du 23 février 1989 [3], le Premier ministre Michel Rocard, tout en rappelant les exigences relatives à la satisfaction des besoins des usagers (accueil, information, etc.), mettait l'accent sur deux points : le **développement des responsabilités des agents publics** et l'**évaluation des politiques publiques.** Le premier objectif devait conduire à la mise en place de *projets de services* dont les raisons d'être sont de « mettre en évidence les valeurs essentielles du service, clarifier ses missions, fédérer les imaginations et les énergies autour de quelques ambitions ». Était aussi envisagée la création de *centres de responsabilité* « où seraient mis en œuvre de façon contractuelle des assouplissements des règles de gestion budgétaire, accompagnant une plus grande autonomie ». Quant au second objectif, il s'est traduit notamment par un décret de 1990, modifié en 1998. Aux côtés du *Commissariat général du Plan* a été alors créé un *Conseil national de l'évaluation*. Chaque année un programme devait être proposé pour l'année suivante au Premier ministre et, pour chaque politique retenue, il s'agissait d'apprécier, dans un cadre interministériel, son efficacité en comparant ses résultats aux objectifs assignés et aux moyens mis en œuvre [4].

---

1. P. Huet et J. Bravo, *L'expérience française de rationalisation des choix budgétaires*, PUF, 1973 ; J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, « Thémis », 2002, pp. 490 et s.
2. M. Crozier, *État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changement*, Fayard, 1987 (Éd. du Seuil, coll. « Points Essais », 2e éd., 1991, p. 302).
3. Circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public (*JO* 24 févr. 1989).
4. Décret du 22 janvier 1990 relatif à l'évaluation des politiques publiques (*JO* 24 janv. 1990) ; décret du 18 novembre 1998 relatif à l'évaluation des politiques publiques (*JO* 20 nov. 1998) et circulaire du 28 décembre 1998 (*JO* 12 févr. 1999) — qui insiste notamment sur les suites à donner aux évaluations, étape du processus trop négligée antérieurement... mais pourtant essentielle). Parmi les instances d'évaluation existant par ailleurs, v. *infra*, p. 301, l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur. Et sur l'évaluation, *infra*, p. 78.

Un rapport sur « L'État en France » en 1994 [1], et une circulaire du Premier ministre Alain Juppé en 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics [2] ont aussi eu pour objet de relancer la modernisation administrative. À cette fin, un décret de 1995 a créé un Comité interministériel pour la réforme de l'État et un Commissariat à la réforme de l'État, lequel a été remplacé en 1998 par une *délégation interministérielle à la réforme de l'État,* rattachée à la *Direction générale de l'administration et de la fonction publique* (DGAFP).

Tout semblait donc avoir été dit, ou presque. Il ne restait apparemment plus qu'à répéter et surtout mettre effectivement en œuvre, surmonter des résistances qui ont souvent donné à penser que nul jamais ne pourra vraiment moderniser. Le Premier ministre Lionel Jospin s'y est attaché en soulignant l'importance de la concertation, pendant qu'a pris corps la « démarche qualité » : « chaque administration va définir, pour ses réseaux en contact avec le public, des objectifs de qualité et, lorsque cela apparaît possible, des engagements de service qui puissent être efficaces à l'intention tant des agents que des usagers » [3]. Depuis, et toujours pour promouvoir la réforme, de nouvelles structures ont remplacé les précédentes. A certaines de celles créées en 2003 [4], par exemple, a succédé en 2005 la *Direction générale de la modernisation de l'État* [5]. Dans le même temps, le rapport Pébereau a dénoncé ces créations multiples – qui ne s'accompagnent pas toujours de la remise en cause des structures existantes – et constaté que, somme toute, « nos pratiques politiques et collectives n'incitent pas à prendre les décisions qui permettraient, au-delà du discours en apparence volontariste sur la réforme de l'État, de véritablement moderniser les administrations publiques » [6].

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant qu'une place de plus en plus grande ait été reconnue à l'**expérimentation**, laquelle a été consacrée dans la Constitution par la **loi constitutionnelle du 28 mars 2003** [7]. Au lieu d'une réforme générale d'emblée fixée dans ses lignes directrices et imposée à tous, quelques essais sont d'abord faits, susceptibles, avant extension, d'être évalués et corrigés en conséquence [8]. La méthode n'est pas sans

---

1. Rapport Picq, cité *supra*, p.17, note 3.
2. Circulaire du 26 juillet 1995 (*JO* 28 juill. 1995).
3. Commissariat à la réforme de l'État, *Développer la qualité du service. Charte qualité et engagements dans les services publics*, La Documentation française, « Les guides de la réforme de l'État », 1997.
4. Décret du 21 février 2003 portant création de services interministériels pour la réforme de l'État : Délégation à la modernisation de la gestion publique et des structures de l'État (DMGPSE), Délégation aux usagers et aux simplifications administratives (DUSA), Agence pour le développement de l'administration électronique (ADAE) – tous les trois, avec la DGAFP, sont à la disposition du ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'État (est disparue la délégation interministérielle à la réforme de l'État). Décret du 10 mars 2003 portant création d'une Direction de la réforme budgétaire (DRB) – au ministère de l'Économie, des finances et de l'Industrie.
5. Décret du 30 décembre 2005 (*JO* 31 déc. 2005). Parmi les services sur lesquels le ministre de l'Économie, des finances et de l'Industrie a autorité (v. article 3 du décret reproduit, *infra*, p. 169), elle remplace la DRB, tout en regroupant la DMGPSE, l'ADAE et la DUSA.
6. Rapport cité p. 16, note 3 (p. 13 et 14).
7. V. M. Pochard, « La modernisation du service public », n° spécial *AJDA* du 20 juin 1997, *Le service public. Unité et diversité*, p. 123 — Et, sur la réforme de 2003, v. *infra*, p. 106.
8. Ainsi, par exemple, avant même la réforme de 2003, l'article 111 de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JO* 28 févr. 2002), prévoit que, dans les douze mois de sa promulgation, « une expérimentation est engagée afin de permettre aux collectivités territoriales d'exercer (diverses compétences de l'État en matière de monuments historiques) ». Des conventions doivent être conclues entre l'État et chaque collectivité intéressée pour définir les modalités de cette expérimentation, étant

susciter des réticences. N'est-elle pas aveu d'incertitude sur ce qu'il convient de faire, synonyme de tâtonnements ? À l'évidence, elle heurte l'esprit cartésien toujours prompt à concevoir des réformes ambitieuses et peu disposé à renoncer à ses certitudes. Dès lors, toutefois, que sont dénoncés l'uniformité et la rigidité des comportements, elle ne peut que séduire le pragmatique qui se veut attentif aux réalités.

Le début de XXIe siècle n'en a pas moins d'abord été marqué par l'une de ces grandes réformes qui en France ponctuent l'histoire de l'Administration et la font avancer « par bonds ». Faisant suite à rien moins que 35 tentatives d'adaptation de l'ordonnance du 2 janvier 1959, présentée comme destinée à être désormais pour l'État l'instrument privilégié de sa modernisation, la **loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances** est bien, en effet, de ces textes « révolutionnaires », porteurs de profondes transformations [1]. À un budget de l'État fragmenté en 848 chapitres et formant un cadre rigide pour l'attribution des crédits, elle substitue un budget dans lequel les crédits sont regroupés au sein de *programmes*, eux-mêmes regroupés au sein de *missions :* alors que le programme « regroupe les crédits destinés à mettre en œuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auxquels sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation », la mission « comprend un ensemble de programmes concourant à une politique définie » [2]. Un budget d'objectif remplace ainsi l'actuel budget de moyens. Son cadre est tout à la fois plus souple et plus rigoureux. Pour un programme, la répartition des crédits en différents titres n'étant qu'indicative, le gestionnaire dispose d'une liberté quasi totale pour les redéployer d'un titre à l'autre — Ne font exception que les crédits de personnel [3]. La contrepartie est le contrôle accru de l'efficacité de la gestion. Il faut s'engager sur des objectifs précis, rendre compte chaque année de ses résultats et donc afficher une **gestion performante**.

L'application totale de la loi organique n'a été prévue qu'à partir du 1er janvier 2005, pour la loi de finances de 2006, étant entendu que diverses dispositions sont progressivement entrées en vigueur, obligeant les administrations à se réorganiser [4]. Plus que tout autre finalement, cette réforme, de par ses ambitions, suppose pour sa mise en œuvre beaucoup d'expérimentations – et de volonté politique. Réussira-t-elle, là où la RCB a échoué [5] ? Sans doute est-il trop tôt pour en apprécier vraiment les résultats. D'autant que

---

entendu qu'un bilan sera établi qui fera l'objet d'un rapport présenté par le Gouvernement au Parlement. L'article 105 de la même loi prévoit, quant à lui, une expérimentation « afin de renforcer le rôle des collectivités territoriales dans le développement des aérodromes ».

1. *JO* 2 août 2001. Le n° 76, nov. 2001, de la *RFFP* lui est consacré. De même : *Cahiers français*, 2005, n° 239 ; *Regards sur l'actualité*, déc. 2005, n° 316 ; *RFAP* 2006, n° 317 ; *AJDA* 2006.523.
2. Article 7.
3. *Ibid.* : « ... les crédits ouverts sur le titre des dépenses de personnel de chaque programme constituent le plafond des dépenses de cette nature ». Ils peuvent être majorés par des crédits relevant d'un autre titre, mais ils ne peuvent abonder des crédits relevant d'un autre titre (dotations des pouvoirs publics, dépenses de fonctionnement autres que celles de personnel, charges de la dette de l'État, dépenses d'investissement, dépenses d'intervention, dépenses d'opérations financières).
4. V. les rapports de la Cour des comptes sur l'exécution des lois de finances (www.ccomptes.fr) ; et *infra*, p. 191. En 2005, il y avait 34 missions, 132 programmes, 629 objectifs – et 1 284 indicateurs.
5. V. P. Joxe, « À propos d'une réforme historique », *RFFP*, n° 76, nov. 2001, p. 30-31 : « Ce qui fera le succès de cette réforme est ce qui avait manqué à la RCB : l'articulation entre rénovation de la gestion publique et refondation de la démocratie budgétaire... Son socle est démocratique et non technocratique : c'est celui de la responsabilité, de la transparence et de la sincérité ».

désormais le contrôle *a posteriori* du budget est censé compter tout autant que son vote et que, par conséquent, la loi organique « n'entrera totalement en vigueur qu'en 2007 »[1]. Il faut que le Parlement puisse débattre de la loi qui vient d'être exécutée pour en tirer les conséquences – « Ce qui supposerait qu'il consacre désormais deux fois plus de temps au contrôle des dépenses qu'au vote du budget »[2]. S'il en est loin et peine à assumer pleinement son nouveau rôle, il semble au moins acquis que le grand bénéficiaire de la réforme est le ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie [3].

II. Améliorer la qualité du service rendu aux citoyens

a) L'on n'en finirait pas d'énumérer toutes les mesures susceptibles d'être prises pour améliorer la qualité du service rendu aux citoyens et remédier aux difficultés dont ils peuvent se plaindre (mauvais accueil, attente trop longue, horaires inadaptés...). Beaucoup sans doute a été fait [4]. Beaucoup reste à faire. Doivent être en particulier poursuivis les efforts faits pour *améliorer la qualité de la production normative* des différentes administrations [5]. Ce qui suppose, par exemple, dans les textes eux-mêmes, comme dans tous documents, une **simplification du langage** [6]. En même temps, la **simplification des formalités et des procédures** se révèle plus que jamais nécessaire [7]. Elle se double aujourd'hui de la nécessité d'accélérer leur « *dématérialisation* », notamment de permettre le remplacement des formulaires de papier par des documents disponibles sur **internet** [8].

---

1. D. Migaud (l'un des députés promoteurs de la réforme), cité par M. Conan, dans le cadre d'un forum « Réformes budgétaires et fiscales : un nouvel élan pour l'État ? », *RDP* 2006.31.
2. Rapport Pébereau, cité p. 16, note 3 (p. 19).
3. V. aussi, *infra*, p. 188.
4. Pour ne citer ici qu'un exemple, v. circulaire du 2 mars 2004 relative à la charte de l'accueil des usagers (*JO* 3 mars 2004) (« *charte Marianne* » qui aujourd'hui – selon www.minefi.gouv.fr – « est le principal outil de promotion de la culture, de l'accueil et de la qualité de service dans l'État »).
5. V. *infra,* p. 176 (sur l'inflation normative).
6. A été créé, dans ce but, un *Comité d'orientation pour la simplification du langage administratif* (arrêté du 2 juillet 2001 (*JO* 3 juill.), chargé de réécrire quelques 1 600 formulaires, afin de supprimer tout ce qu'il peuvent contenir d'obscur et d'incompréhensible.
7. V. la circulaire du 6 mars 2000 relative à la simplification des formalités et des procédures administratives (*JO* 7 mars 2000). Et comme illustration : la suppression des fiches d'état civil et des justificatifs de domicile pour la plupart des démarches courantes. Pour continuer dans cette direction, l'article 1er de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (*JO* 3 juill. 2003) a créé — remplaçant la Commission pour les simplifications administratives (COSA) — le *Conseil d'orientation de la simplification administrative* (COSA), composé d'élus et de personnalités qualifiées (V. le décret du 20 novembre 2003) (*JO* 21 nov. 2003).
8. Début 2004, déjà près de 90 % des formulaires administratifs étaient disponibles et 2 millions de personnes visitaient chaque mois le « portail de l'administration française » sur lequel étaient répertoriés plus de 5 000 sites : www.service public.fr (La quasi-totalité des organismes cités dans cet ouvrage deviennent ainsi aujourd'hui aisément accessibles sur ces sites — qui ne sont pas toujours il est vrai régulièrement actualisés). V., plus précisément, www.adele.gouv.fr, avec en particulier « le journal d'Adèle » (« Ad » pour administration et « èle » pour électronique), du nom du programme lancé par le Premier ministre à Lyon le 9 février 1994. Parmi les multiples rapports ayant accompagné ce développement, l'on peut citer encore celui du Commissariat Général du Plan, *L'État et les technologies de l'information. Vers une administration à accès pluriel*, Rapport du groupe présidé par B. Lasserre, La Documentation française, 2000 — Il y a « accès pluriel » si l'accès est possible aussi bien par internet que par les voies traditionnelles du courrier et du contact direct. V. aussi *Problèmes politiques et sociaux*, 2003, nº 893 (Les enjeux juridiques de l'internet). Depuis est intervenue l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives. Selon le rapport au président de la République qui la précède (*JO* 9 déc. 2005), « elle

Il y a peu de temps encore la distance était grande entre le discours et la pratique : « ...si de nombreux îlots de qualité et quelques archipels ont pu être mis en relief, il n'existe pas dans l'administration de l'État de véritable continent de qualité » [1]. En attestait ce rapport d'évaluation des sites internet publics concluant que si l'Administration s'attache à l'image qu'elle donne d'elle-même, l'intérêt des usagers n'est pas toujours son souci essentiel [2]. Est-ce en train de changer ?

Signe des temps, l'on ne parle plus guère d'« administrés » mais de « citoyens ». Ce n'est pas absolument nouveau. Déjà, l'exposé de ses motifs situait un décret du 28 novembre 1983 « dans le cadre de la mise en œuvre de la *nouvelle citoyenneté* qui a pour corollaire la définition d'un *nouveau statut de l'usager du service public* » [3]. C'est néanmoins significatif parce que devenu systématique, ce dont témoigne la loi du 12 avril 2000 relative précisément aux **droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations** [4]. Aussi, même s'il n'y a pas à proprement parler de « citoyenneté administrative », convient-il d'admettre que le destinataire de la modernisation tend à ne plus être un administré perçu comme un objet passif mais s'impose comme un citoyen plus ou moins reconnu sujet actif. Entre le plus et le moins, diverses figures se glissent pour qualifier la personne visée : l'« usager » ; le « client » peut-être ; dans certains cas encore, le « consommateur » d'un service public que l'on suppose alors assuré par un gestionnaire qui se comporte en « professionnel » [5]. Toujours est affichée une volonté de répondre aux attentes et prendre en compte la situation particulière de chacun.

b) Pour une nouvelle citoyenneté, certaines politiques doivent être poursuivies et amplifiées :

– Les politiques de **décentralisation** et de **déconcentration,** d'une part. L'une est restée longtemps trop formelle, tendant à être plus une décentralisation des activités qu'une décentralisation des pouvoirs de décision, mais elle s'est considérablement renforcée depuis les réformes de 1982 et, même s'il y a débat sur ce qu'elle est ou doit être, la réforme constitutionnelle de 2003 marque incontestablement une volonté de la renforcer. L'autre se réalise progressivement, et de façon plus accentuée depuis 1992 [6].

---

crée les conditions d'un développement important et sécurisé de l'offre de services administratifs accessibles par voie électronique » ; v. notamment, *infra*, p. 476, sur la signature électronique.

1. Rapport annuel mars 2000-mars 2001, *La fonction publique et la réforme de l'État,* La Documentation française, p. 11.

2. V. *Le Monde* du 7 décembre 2001 : « Trop de sites confondent encore communication et information. Ce sont souvent des vitrines, mises en place pour faire la publicité du directeur de cette administration et de son personnel ».

3. Décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'Administration et les usagers (*JO* 3 déc. 1983) (et, pour un commentaire, H. Maisl et C. Wiener. « Un décret ne fait pas le printemps », *AJDA* 1984.137).

4. Loi du 12 avril 2000 relative aux droits de citoyens dans leurs relations avec les administrations (*JO* 13 avr. 2000) (commentaires J. Arrighi de Casanova et S. Formery, *RFDA* 2000.725 ; Cl. Boiteau, *JCP* 2000.I, n° 251 ; J. Chevallier, *D.* 2000, chron. 575 ; B. Delaunay, *RDP* 2000.1191).

5. D. Truchet, « Le point de vue du juriste : personnes, administrés, usagers, clients ? », colloque IFSA des 4 et 5 déc. 1997, *Administration : droits et attentes des citoyens*, La Documentation française, 1998, p. 23. Pour ce qui est du « consommateur », par exemple, G. Eckert, note sous CE 11 juill. 2001, *Société des Eaux du Nord*, *RDP* 2001.1495. Affaire dans laquelle il est fait application du droit de la consommation aux dispositions du règlement d'un service public industriel et commercial.

6. V. *infra*, dossier 4, sur la déconcentration et dossier 5, sur la décentralisation.

– La politique de **participation,** d'autre part. Souvent mise en avant, consacrée par l'article 7 de la Charte de l'environnement [1], elle peine à sortir de la marginalité, tant il est vrai que si la mode est aux consultations celles-ci restent souvent une façade. Le développement du *phénomène associatif* est assurément une réplique à cette situation mal ressentie, de même que la tendance à la *contractualisation* — c'est-à-dire à une action de plus en plus fréquente par voie de contrats, y compris dans les relations entre personnes publiques — est de nature à la transformer [2].

c) Doit être également conforté ce que la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* appelle le **« droit à une bonne administration »** et qu'elle définit comme « le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable » [3].

Cela va de pair avec une politique de **transparence.** Doit être surmontée la propension à la confidentialité qui caractérise tous les appareils administratifs [4].

Tel est l'objet de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : compléter, enrichir et mieux coordonner les dispositifs antérieurs, notamment les différentes lois intervenues à la fin des années 1970. Depuis celles-ci, en effet, les « administrés » ont droit à la *communication des documents administratifs* dans des conditions très simples et sous le contrôle de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) ; les règles applicables à la *communication des archives publiques* sont clarifiées et assouplies ; est organisée une *protection contre l'informatique et les fichiers,* grâce à la CNIL ; est imposée la *motivation* des décisions individuelles défavorables [5].

---

1. « Toute personne a le droit... de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

2. V. *infra*, dossier 9, sur les contrats de l'Administration ; et : France qualité publique, *Guide pratique. La participation des usagers/clients/citoyens au service public*, La Documentation française, 2004 ; I. Thomas, « Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics », *RFDA* 2004.330.

3. Article 41, selon lequel ce droit appartient à « toute personne ». V. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Éd. du Seuil, coll. « Points-Essais », 2001, p. 211 ; D. Simon, « Le principe de " bonne administration" ou la "bonne gouvernance" concrète », *Liber amoricum en l'honneur de Jean Raux*, éd. Apogée, 2006, p. 155.

4. V. « La transparence et le secret », Rapport public 1995 du Conseil d'État, *EDCE* n° 47, La Documentation française, 1996 et, avec le rapport public 1991, *EDCE* n° 43, 1992, les études de Y. Jegouzo (« Le droit à la transparence administrative »), H. Oberdorff (« L'émergence d'un droit de comprendre »), C. Wiener (« L'usager a-t-il la parole ? »).

5. Loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (l'article 5 crée la « commission d'accès aux documents administratifs ») ; v. *infra*, p. 70.
– loi du 3 janvier 1979 sur les archives ;
– loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (le chapitre 1 crée la « commission nationale de l'informatique et des libertés ») ;
– loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public ; *infra*, p. 474.
En matière d'archives publiques, depuis quelques années, les délais de communication ont souvent été discutés, notamment lorsqu'il a été question de l'ouverture des dossiers relatifs à certaines périodes de l'histoire contemporaine (V. G. Braibant, *Les archives en France*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1996 ; H. Bastien, *Droit des archives*, La Documentation française, 1996). Tend à s'imposer l'idée d'une réduction générale des délais. — la

Si la transparence n'a ainsi cessé de retenir l'attention le concept n'est pas pour autant des plus clairs. À force de l'utiliser dans tous les domaines et de sembler en faire une panacée, l'on peut se demander ce qu'il recouvre exactement. Il est aussi permis de s'interroger sur ses limites. Une transparence absolue perçue comme permettant une information totale et immédiate relève de l'illusion, du fantasme peut-être pour certains. Est-elle même souhaitable ? Il est des secrets qui manifestement restent légitimes et n'ont rien à voir avec l'archaïsme administratif. C'est ce constat qui justifiait le titre du rapport public 1995 du Conseil d'État (« *la transparence et le secret* »), tout en servant de fil directeur à une réflexion centrée sur le « dilemme éthique fondamental auquel renvoie toute recherche d'un juste partage entre ce qui *peut* ou *doit* être rendu public, et ce qui *peut* ou *doit* rester secret ».

d) La question de ses relations avec les citoyens est également pour l'Administration une affaire d'image. Une politique de **« communication publique »** n'est ainsi pas le moindre des aspects de la politique de modernisation. Comme l'a écrit Marceau Long, qui fut vice-président du Conseil d'État, « les institutions communiquent... comme on respire. S'il est des respirations difficiles, d'autres sont naturelles, profondes, amples. Faisant appel aux techniques les plus sophistiquées comme aux comportements les plus classiques, la communication est maintenant regardée partout comme une fonction pivot de la politique... » [1]. Les moyens sont très variés et vont des circulaires aux communications publicitaires les plus modernes. Autorités étatiques, maires des grandes villes, présidents de conseils généraux ou régionaux, nul ne les néglige et tous tendent à disposer d'un « chargé de communication », même si l'efficacité et l'impact de cette « communication » qui ne doit être ni une propagande ni un inconsistant rappel de l'existence des services publics restent à prouver [2]. Au moins est-il clair que l'Administration, par-delà la modernisation et ses résultats toujours fragiles, entend ne pas être « mal aimée » [3].

---

législation actuelle se trouve au Livre II du Code du patrimoine adopté par ordonnance du 20 février 2004 (*JO* 23-24 févr. 2004) ; et il est à noter que la loi du 12 avril 2000 a étendu la compétence de la CADA aux difficultés d'accès à ces archives publiques.
Tous ces textes sont reproduits (avec leurs modifications ou compléments ultérieurs) et commentés notamment dans le *Code de l'administration*, Litec, 2e éd., 2006 (dir. B. Stirn et S. Formery).

1. M. Long, « La communication publique », *RFAP* 1991, no 58. V. aussi P. Zemor, *La communication publique*, PUF, « Que sais-je ? », no 2940, 2e éd., 1999 ; et : www.communication-publique.fr (site de l'Association des responsables de communication des institutions publiques).
2. Évidemment, « la ligne de partage entre l'information et la propagande électorale dans un bulletin, journal ou revue n'est pas toujours facile à tracer » (B. Maligner, note sous CE 20 mai 2005, *Élections cantonales de Dijon V*, *AJDA* 2005.1956 – affaire dans laquelle il s'agissait de savoir si un bulletin municipal devait, pour le calcul des dépenses électorales, être regardé comme ayant servi de propagande électorale d'un maire, candidat à l'élection cantonale contestée).
3. V. J. Picq, *Il faut aimer l'État*, Flammarion, 1995 (ouvrage publié peu après le rapport sur l'État en France, précité). Et, pour une analyse de cet « amour » dont ne peuvent semble-t-il pas se passer les institutions, P. Legendre, *L'amour du censeur, essai sur l'ordre dogmatique*, éd. du Seuil, 1974 ; *Jouir du pouvoir, traité de la bureaucratie patriote*, Les Éditions de Minuit, 1976.

POUR APPROFONDIR

Dans le présent dossier, les études complémentaires et les réflexions personnelles peuvent s'orienter dans trois directions principales.

LA THÉORIE JURIDIOUE

Il devrait y avoir tout lieu d'en attendre beaucoup et l'on peut s'étonner qu'elle ne donne pas une notion précise de l'administration publique. Les approches fonctionnelle et organique de celle-ci font elles-mêmes largement appel à des notions juridiques — et l'Administration dont il a été question est d'abord et surtout l'Administration telle que le droit permet de se la représenter. L'histoire le confirme : « Le concept d'Administration publique naît, dans son acception actuelle, dans les débats des assemblées révolutionnaires à partir de 1789. Saisi par les théoriciens du droit post-révolutionnaire, ce concept est constitué, au cours du XIXe siècle, en une véritable *notion* juridique à des fins casuistiques. L'utilisation de cette notion par les interprètes de l'ordre juridique leur fournit les bases de la construction d'un *système de représentation* juridique de la sphère publique et leur permet de définir le droit administratif comme discipline autonome et emblématique » (Gilles GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889),* LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 157, 1990, 4e page de couverture — préface de Georges DUPUIS).

Force est pourtant de constater que « la notion d'Administration publique ne semble... plus constituer, à la fin de la Troisième République, une notion centrale de la théorie du droit public ; elle est intrinsèquement contestée à la fin des années 1960 » (*ibid.*, p. 335). C'est dire que, dans ce domaine, la théorie juridique est finalement assez décevante. Certains juristes reconnaissent la difficulté de donner une définition cohérente et opératoire et en concluent à l'impossibilité de l'entreprise : voir Marcel WALINE, *Droit administratif*, Sirey, 1963 (9e éd.), notamment p. 1 (« En fait, dans la langue juridique de droit public, le mot « administration » ne signifie à la lettre rien de précis » et son emploi est même « plutôt à déconseiller »). D'autres se contentent de décrire diverses caractéristiques de l'Administration publique sans en dégager la notion : HAURIOU représente bien cette tendance en mettant en évidence « les éléments du régime administratif » (*Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1919, 9e éd., p. 8), c'est-à-dire l'institution administrative, la juridiction administrative, le pouvoir administratif, la fonction administrative...

Aussi s'agit-il moins de chercher une définition incontestable de l'Administration que de se convaincre malgré tout « qu'il ne saurait y avoir d'enseignement du droit administratif sans prise de position sur l'identité de l'administration ». Que l'on en propose ou non une définition, faire du droit administratif renferme tout un discours sur cette administration. Et si ce discours pose problème, c'est la conception même du droit administratif qui est problématique (Jacques CAILLOSSE, « Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s). Réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, « droit public »*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 63).

Par suite, indépendamment des interrogations persistantes concernant ses contours, la question que ne peuvent pas ne pas se poser les juristes est celle de l'adéquation de « leur » administration et des « réalités administratives ». Si nombre d'entre eux en viennent si souvent à parler de « crise » du droit administratif, n'est-ce pas qu'ils ont, peu ou prou, le sentiment que ces réalités n'en finissent pas de leur échapper ? (outre Jacques CAILLOSSE, voir Jean-Jacques BIENVENU, « Le droit administratif : une crise sans catastrophe », *Droits,* n° 4, 1986, p. 93 ; Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif

entre science administrative et droit constitutionnel », dans *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993, p. 11). La question se pose d'autant plus que d'autres « savoirs » relatifs à l'Administration viennent relativiser, si ce n'est contester, la place du droit.

LA (LES) SCIENCE(S) ADMINISTRATIVE(S)

Y a-t-il une ou des sciences administratives ? » Telle est l'une des questions premières que ne manque pas de se poser Jacques CHEVALLIER, après avoir constaté que toutes les sciences sociales, d'une manière ou d'une autre, ont été conduites à s'intéresser à l'Administration (*Science administrative*, PUF, Thémis, 3e éd., 2002, pp. 44 et s. — Pour de plus amples développements, voir aussi Jacques CHEVALLIER, Danielle LOSCHAK, *Science administrative*, LGDJ, 1978, 2 vol.). Il est répondu au singulier (p. 50), mais la question reste ouverte :

> Parler de science administrative (au singulier) signifie que la connaissance scientifique du phénomène administratif passe par la combinaison de diverses approches, que sa véritable configuration ne peut apparaître que dans/par l'intégration de divers points de vue ; il s'agit de briser la « balkanisation » du savoir, les cloisonnements étanches et stériles entre disciplines, pour produire un savoir nouveau sur l'administration. Du point de vue de la science administrative, il n'y a donc pas une « histoire administrative », une « géographie administrative », une « sociologie administrative »... mais une *approche* historique, une *approche* géographique, une *approche* sociologique... du phénomène administratif ; et ces diverses approches doivent être utilisées et recoupées dans le cadre de la problématique qui est la sienne.

De quelle Administration s'agit-il ? Évidemment pour Jacques CHEVALLIER — prétention scientifique oblige — la science administrative ne saurait être bâtie sur l'« objet préconstruit par l'histoire et par le droit, sous peine de reprendre à son compte l'ensemble des croyances sociales relatives à l'administration (« le sens commun administratif ») et de prendre la définition qui en est donnée dans le droit pour l'expression de la réalité » (p. 46). L'objet est à construire, « autour d'une interrogation fondamentale sur *l'exercice des fonctions collectives*, indispensables à l'existence des groupes sociaux » (*ibid.*). Cela n'empêche pas qu'il s'agit toujours, pour l'essentiel, de rendre compte de l'**Administration publique.**

De cette approche, s'en distingue une autre qui, préoccupée par le *fait administratif* quel qu'il soit, entend étudier des **organisations** — terme qui peut désigner n'importe quelle forme d'association réalisée en vue d'objectifs déterminés. Ainsi, une sociologie des organisations s'attache à construire des modèles présentés comme susceptibles de s'appliquer à toute sorte d'organisation (voir, par exemple, Henry MINTZBERG, *Structure et dynamique des organisations*, Éd. d'Organisation, 1982 ; *Le management. Voyage au cœur des organisations*, Éd. d'Organisation, 1990). À la volonté de rationalisation d'un TAYLOR (*La direction scientifique des entreprises*, 1911) ou d'un FAYOL (*Administration industrielle et générale*, Dunod, 1966, nouveau tirage du *Bulletin de l'industrie minérale* de 1916 — « administrer c'est prévoir, organiser, commander, coordonner et contrôler »), ont notamment fait place en la matière des théories centrées sur l'analyse des stratégies des acteurs (Michel CROZIER, Erhard FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Éd. du Seuil, 1977 ; Michel CROZIER, *À quoi sert la sociologie des organisations ?*, Éd. Seli Arslan, 2 vol., 2000).

Évidemment, ces théories ne sont pas sans influer sur l'étude d'une administration publique en pleine transformation. Ce dont témoigne un ouvrage de Jean-Pierre GAUDIN (*L'action publique. Sociologie et politique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004) et qui conduit Jacques CHEVALLIER à s'interroger sur « la science administrative et le paradigme de l'action publique » (*Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 267).

Qu'en est-il du droit administratif ? (droit principalement défini comme distinct du droit privé). À ne considérer que les organisations, il ne peut qu'être malmené. Ce sur quoi

il repose — l'opposition de l'entreprise privée et de l'Administration publique — paraît négligé. Sont mises en avant des préoccupations d'efficacité et de rentabilité dont on ne cesse de répéter qu'elles lui sont étrangères. Non seulement il ne donne plus une connaissance recevable de l'Administration, mais il se voit contesté comme *obstacle à la modernisation :*

> Nul doute que pour aboutir la modernisation implique une rupture avec un vieil héritage bureaucratique dont le droit a facilité la conservation. Le discours selon lequel notre système de droit administratif compromet toute gestion efficace ne doit sans doute pas au hasard sa fortune actuelle. La littérature relative à la réforme administrative raconte pourquoi et comment le manager doit l'emporter sur le légiste. Et les expériences se multiplient pour condamner d'anciennes postures juridiquement justifiées : il en est ainsi de la « gestion des ressources humaines » qui tend à rendre désuète l'administration des carrières selon le droit ; de la démarche des « projets de service » en ce qu'elle sape les bases théoriques du pouvoir hiérarchique ; c'est encore le cas avec le succès de formes de gestion en marge du droit des finances et de la comptabilité publique et l'on peut voir combien l'évaluation des politiques publiques invite à la réflexion critique sur les procédures aussi bien que sur les acteurs des plus classiques contrôles normatifs, etc.
>
> (Jacques CAILLOSSE, « La modernisation de l'État. Variations sur le modèle juridique d'administration », *AJDA* 1991.755).

« Faut-il se satisfaire d'une telle problématique ? », poursuit Jacques CAILLOSSE. Il va de soi que la réponse ici ne peut être que négative :

> Contrairement aux apparences, il n'y a peut-être aucune contradiction entre une administration bureaucratique marchant au droit et une administration managériale soucieuse de son rendement. Au lieu d'une rivalité entre deux systèmes qui travailleraient à s'exclure mutuellement, nous devinons l'aptitude d'un ordre dogmatique — le droit — à gérer sa propre reproduction. Plusieurs fois sollicité au cours de cet exercice, P. LEGENDRE lui donnera une conclusion provisoire : « Innovateurs en concepts ou gérant les stocks du juridique existant, les juristes participeront aussi à l'économie de compétition » [1].
>
> On ne peut mieux dire qu'on n'en a pas vraiment fini avec la question du droit.

Voir aussi de Jacques CAILLOSSE : « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996.955 ; « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999.195 ; et plus récemment, « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA* 2000.99. Si l'on n'en a pas vraiment fini avec la question du droit, force est malgré tout de constater de profondes transformations du droit administratif et de la conception de l'Administration, en particulier du fait de l'émergence d'un droit public de la concurrence. « L'État choisit de réduire son altérité et de se penser dans les formes communes de l'entreprise... C'est de cela que procède la logique d'effacement de la vieille division droit public-droit privé. Soumis tout entier à la surdétermination économique, l'ordre juridique se charge de valeurs communes irriguant pareillement chacune de ses deux composantes » (dernier article cité, p. 102). Soulignant également « l'émergence d'un autre droit » : Nicole BELLOUBET-FRIER, Gérard TIMSIT, « L'administration en chantiers », *RDP* 1994.299. De même : Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes de droit administratif », *AJDA* 2001.912.

Le constat étant fait, reste à en mesurer la portée, ce qui est une tout autre affaire. V., par exemple, allant dans le sens d'une « permanence du cadre théorique », Brigitte FERRARI, « Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité », *AJDA*

---

1. P. Legendre, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Essai sur les montages de l'État et du droit*, Fayard, 1988, p. 387. Autres références : *supra*, notes 3, p. 8 et 3, p. 26 ; *infra*, p. 90, note 1 et (texte reproduit) p. 224.

2006.1021 ; et, dans la revue *Droits*, n° 39, 2004, p. 106, Débat autour d'un ouvrage de Jacques CHEVALLIER (*L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », vol. 35, 2003), avec les points de vue de Jacques CAILLOSSE et Pascal VENNESSON.

« *Quel* Droit administratif *enseigner aujourd'hui* ? », demande finalement Jacques CAILLOSSE (*RA* 2002, n° 328, p. 343), avant de conclure, p. 472, que « les changements qui secouent le monde du « droit administratif » n'ont pas encore reçu d'expression doctrinale suffisante ». La conclusion n'étant guère contestable, la question reste pendante. Et, si l'on peut essayer de rendre compte — comme entend le faire le présent ouvrage — des évolutions en cours, force est de reconnaître la difficulté d'en dégager la signification. Un « travail de réécriture » reste très certainement à faire qui suppose d'admettre la nécessité de la « pluridisciplinarité » et du « réinvestissement théorique ».

À cet égard, des juristes tels Maurice HAURIOU et Léon DUGUIT (*supra*, p. 11) constituent des exemples toujours dignes d'intérêt. S'ils se sont efforcés « d'adosser le droit positif à une théorie générale de l'État, elle-même nourrie par une série d'apports venant d'horizons divers de la connaissance — philosophique et sociologique », ils ont d'abord et surtout voulu « poser les fondements d'une limitation de l'État par le droit » (Jacques CHEVALLIER, « La fin des Écoles ? », *RDP* 1997.679). Quelle pourrait être aujourd'hui l'ambition ? Ne pas céder aux sirènes du management et vouloir plutôt contribuer à poser les fondements d'une alternative dans laquelle le droit ne serait pas que régulation sociale ? [1] Il faudrait au moins, en ce cas, commencer par comprendre ce que cela veut dire pour le droit de « n'être plus que régulation sociale ».

L'ANALYSE ÉCONOMIQUE

Qu'on le veuille ou non, la réflexion sur l'évolution de l'Administration et de son droit, tout comme celle qui concerne plus généralement l'État, conduit à mettre l'**économie** au premier rang des préoccupations.

À propos de cette économie, l'on peut commencer par se demander s'il s'agit vraiment d'**une science ?** Il n'est peut-être pas de question plus controversée parmi les économistes eux-mêmes ; notamment lorsqu'ils discutent — eux aussi sur fond de crise — du rôle qu'il convient de réserver aux mathématiques. V. *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 2-444-2-445, 1er-8 nov. 1995 (La science économique est-elle en crise ?) — n° dans lequel est également posée la question : « Droit et économie : quels liens ? ».

En tout état de cause, les approches apparaissent multiples. V. le *Dictionnaire des grandes œuvres économiques*, sous la direction de X. GREFFE, J. LALLEMENT, M. DE VROEY, Dalloz, 2002. Il en va de même s'agissant tout particulièrement des **théories économiques de l'intervention publique** dont Jean-Claude PRAGER et François VILLEROY DE GALHAU donnent un exemple récent : *18 leçons sur la politique économique. À la recherche de la régulation*, Éd. du Seuil, 2e éd., 2006. Bertrand DU MARAIS fait une présentation de toutes ces théories dans *Droit public de la régulation économique,* Presses de Sciences Po – Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 2004. Peut retenir l'attention, par ailleurs, même si elle est plus difficile d'accès, l'œuvre de Jean-Jacques LAFFONT (voir Dictionnaire cité ci-dessus) qui s'est attaché notamment à explorer l'intervention des pouvoirs publics dans l'organisation industrielle de l'économie, proposant une « théorie des incitations pour les politiques d'achats publics et de réglementation ».

---

1. « Est venu, pour s'installer, le temps du management », écrit Jacques Caillosse (*op. cit.,* « Quel droit... », p. 456), qui cite à nouveau P. Legendre : *« Parvenu au stade d'une instrumentalisation pure et simple, le droit se trouve écarté du champ de la pensée, pour n'être plus que technologie annexe au service de* l'efficiency *ultra moderne, c'est-à-dire pour n'être plus, selon la formule des juristes sociologues, que régulation sociale »* — « Les dessous du raisonnement juridique. Réflexions générales », *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999, p. 235 (texte qui constate alors une méprise sur la fonction juridique et invite à sortir d'une « approche sociologisante de *ce dont il s'agit* »).

Tous ces ouvrages relatifs à l'intervention publique donnent l'occasion de réfléchir sur des mots dont on a vu qu'ils tendent à être communément utilisés, sans être jamais vraiment définis. D'abord, est mise en avant la **« régulation »**. Jean-Claude PRAGER et François VILLEROY DE GALHAU s'en expliquent : « c'est parce que la donne change que nous avons volontairement accolé dans le titre, le terme de « régulation », aux côtés du terme consacré de « politique économique » : la régulation se rapporte au pilotage complexe d'un système plus ou moins bien connu, plutôt qu'à un pouvoir mécanique qui nous semble dépassé par les circonstances de ce début de XXIe siècle » (p. 16). Avec la régulation, il est tout autant question de **« gouvernance ».** L'époque « produit son vocabulaire, ses références : déréglementation, privatisation, régulation, flexibilité, transparence, responsabilité (*accountability*) et, évidemment, gouvernance » (P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3676, 2003) – V. Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », *Mélanges Paul Amselek,* Bruylant, 2005. p. 189.

À vocabulaire nouveau, méthodes nouvelles. C'est ainsi qu'apparaît de plus en plus essentielle l'**analyse économique du droit**, laquelle peut se définir comme une branche de la science économique qui s'interroge sur ce que les normes juridiques produisent comme conséquences économiques. Quels sont, par exemple, en termes de coûts, les avantages comparés des modes juridictionnels et non juridictionnels de règlement des conflits ? En guise d'introduction, on peut lire, outre R.H. COASE, *Le coût du droit*, PUF, 2000 : T. KIRAT, *Économie du droit*, La Découverte, coll. « Repères », 1999 ; M. LOMBARD, « Économie et droit », PUF, *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003. ; S. HARNAY et A. MARCIANO, *Richard A. Posner, droit et économie*, Éd. Michalon, coll. Le Bien commun, 2003.

Si l'on en croit W. DRECHSLER (« Les *Lois* de Platon, fondement de l'économie du droit », *Rev. fr. d'histoire des idées pol.,* n° 16, 2002), ce n'est pas nouveau : « cette étude, écrit-il, défend l'idée que les fondements de l'Économie du droit, un des plus importants paradigmes de la recherche tant juridique qu'économique depuis près d'un demi-siècle, se trouvent dans les *lois* de Platon — non pas au sens où la version actuelle de l'Économie du droit se serait développée à partir des *Lois*, mais au sens où c'est dans cet ouvrage que les principes clés de l'Économie du droit ont été énoncés, et surtout appliqués, pour la première fois ». Même en l'admettant, l'on ne saurait parler en France, à la différence de pays tels les États-Unis, d'« un des plus importants paradigmes de la recherche tant juridique qu'économique ». Loin s'en faut. Jusqu'à ces dernières années, l'économie du droit n'a guère eu d'écho. Est-ce vraiment en train de changer ? J.-B. AUBY s'y emploie (« Régulations et droit administratif », *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 210). Il estime (dans « La bataille de San Romano... », *AJDA* 2001.924) que « l'analyse économique du droit pourrait aider diverses conceptualisations de notre droit administratif à sortir de certaines difficultés dans lesquelles elles se trouvent... De façon plus fondamentale encore, c'est dans l'analyse économique du droit qu'il faudra puiser la théorie des régulations dont nous avons besoin ». D'autres sont plus réservés. Ne s'agit-il pas là de l'une de ces « modes passagères (qui) ne doivent pas nous troubler, si nous gardons la tête froide... » ? (P. LEGENDRE, art. cité, *supra*, p. 30, note 1 : « la thématique traduit un fondamentalisme économiste. À partir notamment de la théorie de la formation des prix, elle rabat les concepts de justice et de droit vers un égalitarisme éculé, rajeuni par les succès politiques du marché contemporain »).

Dossier 2

Le contrôle de l’Administration

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Contrôler l'administration paraît être une nécessité vieille comme le monde : les écrits antiques évoquent déjà la lutte contre la corruption possible des agents publics et, au Moyen Âge, les *missi dominici* de Charlemagne effectuent de véritables tournées d'inspection, recevant les plaintes des populations, se livrant à des enquêtes, redressant les abus, faisant rapport au souverain [1]. L'importance de ce contrôle s'est accrue à l'époque contemporaine : les interventions de l'État et, par conséquent, les risques d'abus se sont multipliés, tandis que se généralisaient la reconnaissance de droits individuels et la volonté de les défendre **contre l'arbitraire** ou, plus généralement, contre tous les excès de la puissance publique. La Déclaration de 1789, aujourd'hui intégrée dans la Constitution de 1958, consacre d'ailleurs la *résistance à l'oppression* comme un droit fondamental, et la Déclaration de 1793 avait même proclamé avec lyrisme que l'*insurrection contre le gouvernement qui « viole les droits du peuple » est « le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ».*

Par ses finalités, le contrôle de l'administration est donc au cœur des relations entre le « pouvoir » et ses « sujets » [2]. Par ses méthodes, il reflète à la fois les caractéristiques de l'*appareil bureaucratique* et celles du *système juridique et politique* de chaque État. Ce qu'il est à une époque donnée et l'idée que l'on peut s'en faire sont en conséquence fort variables. La réflexion contemporaine sur « l'État post-moderne » ou la « bonne gouvernance » en atteste. Elle décrit le plus souvent un monde de réseaux et d'acteurs multiples dans lequel il semble s'agir moins désormais de contrôler que de **réguler**. Ce que cela veut

---

1. F. Olivier-Martin, *Histoire du droit français*, CNRS, 1990, 2e tirage du texte de 1948, p. 51.

2. Le thème du contrôle est essentiel dans la pensée politique. Lire, par exemple, J. Touchard et autres, *Histoire des idées politiques*, PUF, « Thémis », 14e éd., t. 2, 1998, p. 678, à propos d'Alain : « Dans la démocratie selon Alain, le contrôleur joue donc (comme dans le théâtre de Giraudoux) un rôle fondamental : « Où donc est la démocratie, sinon dans ce troisième pouvoir que la science politique n'a point défini et que j'appelle le contrôleur ? Ce n'est autre chose que le pouvoir, continuellement efficace, de déposer les rois et les spécialistes à la minute, s'ils ne conduisent pas les affaires selon l'intérêt du plus grand nombre. » Et Alain définit ainsi le radicalisme comme « le contrôle permanent de l'électeur sur l'élu, de l'élu sur le ministre. La démocratie est donc un système de surveillance [...] ». V. aussi F. Guillaud, « Le citoyen philosophe ? Relecture d'Alain », *Commentaire*, no 105, printemps 2004, p. 197.

dire demeure assez flou. Du moins est-il toujours observé que ce nouveau monde est « plein de contrôleurs de toutes sortes » [1].

En effet, le contrôle prend des formes diverses [2]. On distingue :

– selon le *moment* où ils s'exercent, les **contrôles *a priori*** qui précèdent l'entrée en vigueur des décisions (ils peuvent prévenir une erreur mais alourdissent les procédures ou paralysent les initiatives) et les **contrôles *a posteriori*** qui interviennent alors que les décisions sont entrées en vigueur (et sont en conséquence plus respectueux des responsabilités des agents publics mais moins protecteurs des droits des administrés ou des deniers publics) ;

– selon leur *intensité*, les **contrôles de régularité** (souvent appelés contrôles de légalité) qui ont pour seul objet d'apprécier la compatibilité ou conformité d'un acte ou d'une opération avec l'ordre juridique et les **contrôles d'opportunité** qui comportent, en outre, un jugement sur la valeur technique, politique, morale, etc., du comportement soumis à examen ou expertise ;

– selon leur *auteur*, les **contrôles internes** qui se situent à l'intérieur de l'Administration et les **contrôles externes** qu'exercent des autorités qui lui sont extérieures (et sont, de ce fait, réputées indépendantes) [3].

D'une façon générale, la tendance dominante qui est bien illustrée par le cas de la **France** consiste à *diversifier la batterie des contrôles* [4]. Dans ce pays l'administration reste *très réglementée* et *très surveillée* à la fois par des **juridictions** (Chapitre 1) et par des **autorités politiques ou administratives** (Chapitre 2) [5].

---

1. P. Moreau Defarges, *La gouvernance*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3676, 2003, p. 66.
2. V. par exemple : G. Braibant, N. Questiaux, C. Wiener, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens (étude comparative)*, Éd. Cujas, 1973 ; dossier *AJDA* 1999.635 et 651 (le contrôle du pouvoir de décision en droit comparé) ; J. Ziller, *Administrations comparées,* Montchrestien, « Domat-droit public », 2e éd., 2004.
3. Ces classements ont le mérite de donner des repères mais ils sont très relatifs et il est parfois difficile de situer tel ou tel contrôle. Régularité et opportunité, interne ou externe ne s'opposent pas toujours clairement. Qu'en est-il, par exemple, des autorités administratives indépendantes ? Avec un double qualificatif qui tout à la fois inclut et exclut de la sphère administrative, la notion est pour le moins ambiguë. Qu'en est-il aussi de l'évaluation ? Ce type de « contrôle », qui ne cesse de se développer, connaît des modalités diverses quant à son exercice et son contenu.
4. G. Vedel et P. Delvolvé, *Le système français de protection des administrés contre l'Administration,* Sirey, Droit public, 1991 ; C. Vigouroux, « Le contrôle de la police », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant,* Dalloz, 1996, p. 744 (« Il apparaît que les missions de police et ceux qui les assument sont soumis à une douzaine de contrôles ») ; B. Froment, « Les contrôles de la police », *Pouvoirs* 2002, n° 102, p. 43.
5. Par les *médias* aussi, qui, souvent, ne sont que l'écho de l'*opinion publique*, parfois très sévère à l'égard des bureaux, de la paperasse, de la technocratie. Sans oublier aujourd'hui les *agences de notation* qui classent les États selon des critères tels que la qualité de leur éducation, de leurs infrastructures ou l'importance en leur sein de la corruption.

Chapitre 1

Le contrôle juridictionnel

Le contrôle juridictionnel de l'Administration est normalement exercé par le *juge administratif ;* il échappe au *Conseil constitutionnel* ; il relève parfois du *juge judiciaire*. Ainsi, au cours d'un procès, le *juge répressif* (tribunal de simple police, tribunal correctionnel...) peut être conduit à apprécier la régularité d'un acte administratif (décret, arrêté...) ; ou bien encore, et de façon plus large, le *juge civil* intervient dès lors que le droit privé est utilisé dans l'action administrative [1].

Le contrôle aussi s'internationalise. Peu à peu, avec une lenteur fort explicable et de nombreuses hésitations, le droit international consacre des libertés dans des textes multilatéraux et ouvre des juridictions aux victimes d'éventuels comportements condamnables des États. De grands textes ont été élaborés : la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (1948) complétée par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques,* par le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* ; la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (1950) précisée par des protocoles additionnels. Des institutions de protection des droits et libertés ainsi proclamés ont été mises en place. Si, au sein de l'ONU, les pouvoirs du *Comité des droits de l'homme* demeurent très limités, en revanche, le Conseil de l'Europe, avec la CEDH, a créé un mécanisme institutionnel remarquable. De même, dans le cadre de l'Union européenne, la CJCE est aujourd'hui susceptible de condamner l'État lorsqu'il ne respecte pas les obligations qu'impose le droit communautaire [2].

Cependant, ces interventions des juridictions judiciaires ou celles, plus exceptionnelles, de juridictions internationales ne sauraient dissimuler les caractéristiques fondamentales du **régime administratif** consacré par le droit français. En effet, la séparation des autorités administratives et judiciaires décidée par la Révolution a donné naissance à un *dualisme juridictionnel* (Section 1) et ce sont des *juridictions administratives* qui ont vocation à

---

1. Le Conseil constitutionnel ne joue en principe aucun rôle dans le contrôle du pouvoir exécutif. Il n'intervient qu'indirectement, notamment dans la détermination des frontières du domaine réglementaire (art. 37 de la Constitution). Toutefois il affirme sa compétence pour contrôler, dans certaines conditions, la régularité de décrets qui sont des actes préliminaires aux élections législatives et aux référendum. V. sur cette question *infra,* p. 98, note 4 et p. 625. Sur les compétences du juge judiciaire, v. *infra,* dossier 14. Et, p. 603, sur « l'irruption du juge pénal dans le paysage administratif ».
2. V. *infra*, dossier 3 (chapitre 2). S'ajoute, depuis la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, un article 53-2 de la Constitution : « La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1988 ».

connaître des litiges administratifs (Section 2) [1]. Le système est complexe. Est-il efficace ? Assure-t-il la protection des administrés contre un éventuel arbitraire de l'Administration ? (Section 3).

Section 1
Le dualisme juridictionnel

La séparation des autorités administratives et judiciaires (§ 1) a eu pour conséquence l'apparition et le développement des juridictions administratives (§ 2), juridictions qui sont aujourd'hui constitutionnellement garanties (§ 3).

§ 1. La séparation des autorités administratives et judiciaires

Deux textes essentiels constituent le fondement de cette séparation [2].

– *Loi des 16-24 août 1790 :* « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

– *Décret du 16 fructidor an III :* « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient. »

Cette volonté de mettre l'Administration à l'abri des interventions et des abus éventuels du juge judiciaire s'explique par des raisons diverses. Il faut d'abord tenir compte de la **tradition de l'Ancien régime.** On peut relever bien des manifestations de l'intention du roi d'affirmer l'autonomie des intendants vis-à-vis des parlements, par exemple, l'*édit de Saint-Germain de 1641* : « Nous avons déclaré que notre parlement de Paris, et toutes nos autres cours n'ont été établis que pour rendre la justice à nos sujets, leur faisant très expresses inhibitions et défenses de prendre à l'avenir connaissance de toutes les affaires qui peuvent concerner l'État, l'Administration ou le gouvernement ». On ne saurait négliger non plus les **données idéologiques** : la Révolution voulait instaurer la séparation des pouvoirs et, au fond, la séparation des autorités administratives et judiciaires a pu être plus ou moins perçue, à l'époque, comme sa conséquence naturelle. Néanmoins, le facteur déterminant fut la **conjoncture politique** : les Parlements, symbole des juridictions judiciaires, apparaissent en 1789 comme de redoutables forces réactionnaires tant il est flagrant qu'ils se sont toujours opposés de toute leur force aux réformes contraires à leurs privilèges nobiliaires.

Les hommes de 1789, tout en interdisant aux tribunaux judiciaires de s'immiscer dans l'Administration, auraient pu, sans contradiction, leur confier le contentieux administratif. En effet, la séparation des pouvoirs n'en eût pas été bafouée pour autant : en bonne

---

1. V. aussi, *supra*, dossier 1, p. 12. Dans le cadre de leur contrôle, ces juridictions administratives ont affirmé l'autonomie du droit administratif, complétant ainsi le dualisme juridictionnel par un *dualisme juridique*.

2. V. les diverses contributions des numéros spéciaux publiés à l'occasion du bicentenaire du premier de ces textes : *RFDA* 1990.689 ; *AJDA* 1990.579.

logique, juger l'administration, ce n'est pas administrer. Aux États-Unis, où le principe de la séparation des pouvoirs est strictement appliqué, il n'a jamais été question d'en déduire que les tribunaux devaient s'abstenir de tout contrôle de l'Administration.

Pour des raisons essentiellement pratiques, la thèse inverse l'a emporté : différents textes, dont la loi des 6-7 et 11 septembre 1790, ont donné compétence à des autorités administratives pour trancher la majeure partie du contentieux administratif [1]. En d'autres termes, à partir de 1790, il a été considéré que les litiges de nature administrative devaient être jugés au sein de l'Administration et non par les tribunaux judiciaires.

§ 2. L'apparition et le développement des juridictions administratives

Les juridictions administratives se sont constituées en se séparant progressivement de l'Administration. Face à cette dernière, elles ont dû, pour s'imposer, affirmer leur indépendance [2].

A. Au niveau central

La *première étape* fut celle de la **justice retenue**. Seuls existent en réalité des *recours administratifs* : l'administré, en cas de difficultés doit s'adresser à l'Administration qui se retrouve *juge et partie*. Les réclamations remontent la hiérarchie et les litiges sont réglés par le *ministre* sous réserve de l'intervention éventuelle du *chef de l'État* (premier consul, empereur, roi, président de la République...) en tant que supérieur hiérarchique de l'ensemble des agents publics. Celui-ci est censé prononcer lui-même les décisions et il ne les rend définitives que par sa signature. Toutefois, à partir de l'an VIII, il fait préparer les solutions par un « conseil juridique » : le **Conseil d'État**. Pratiquement, le chef de l'État suit toujours les projets élaborés par ce dernier et, plus précisément, par sa *commission du contentieux* créée en 1806 [3].

La *seconde étape* est celle de la **justice déléguée.** Alors qu'il jouait en fait le rôle d'un organisme juridictionnel, le Conseil d'État est devenu en droit un juge à part entière, décidant dès lors de sa propre autorité. Cette promotion, admise par la IIe République mais rejetée par le Second Empire, fut consacrée, dès le début de la IIIe République, par la **loi du 24 mai 1872 ;** son article 9 dispose que : *« le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives ».*

Cependant, il était encore admis que les litiges administratifs devaient, sauf texte contraire, être d'abord portés devant un ministre dont la décision pouvait être contestée en

---

1. J.-L. Mestre, « Le contentieux administratif sous la Révolution française d'après des travaux récents », *RFDA* 1996.289.
2. J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 97, 1970. (L'épithète n'ajoutant rien d'utile, l'expression « administration active » est aujourd'hui dépourvue de sens. Il en allait autrement au début du XIXe siècle : dès lors que « juger l'administration, c'était aussi administrer », il n'y avait jamais qu'une seule et même administration ; selon les cas, elle était soit active, soit contentieuse) ; B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative au XIXe siècle*, PUF, coll. « Leviathan », 2003.
3. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* Berger-Levrault, 1re éd., 1887-1888, livre 1 (histoire de la juridiction administrative), nouveau tirage LGDJ, 1989.

appel devant le Conseil d'État. Cette théorie dite du « ministre-juge » fut définitivement abandonnée par l'**arrêt *Cadot*** en 1889 [1] dont le commissaire du gouvernement dégageait ainsi la doctrine : « Partout où il existe une autorité ayant un pouvoir de décision propre (...), un débat contentieux peut naître et le Conseil d'État peut être directement saisi ».

Aussi bien l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'État consacrait-il simplement une situation de fait en affirmant : « *Le Conseil d'État statuant au contentieux est le juge de droit commun* en matière administrative ». Juridiquement, la situation était arrivée à un point d'équilibre. Mais, pratiquement, elle devenait catastrophique : le juge administratif ne parvenait plus à remplir sa mission. De 1946 à 1953, 6 000 affaires furent enregistrées en moyenne chaque année et le nombre des dossiers en instance ne cessait d'augmenter : il atteignait presque 25 000 en 1953. Une réforme s'imposait et, pour mettre fin à cet engorgement, le travail fut divisé entre la juridiction suprême et des tribunaux administratifs qui, dans un cadre interdépartemental, se sont alors substitués aux conseils de préfecture.

B. Au niveau interdépartemental

Le **conseil de préfecture,** institué par la loi du 28 pluviôse an VIII, conseille le préfet tout en siégeant sous sa présidence. Contrairement au Conseil d'État, il reçoit aussi dès sa création des compétences juridictionnelles. Il est chargé du contentieux des *contributions directes,* des *travaux publics,* des *domaines nationaux* et de la *voirie*.

L'institution a été critiquée. On reprochait aux conseils de préfecture, en particulier, la médiocrité de leur recrutement, leur sous-utilisation et leur manque d'indépendance. Ils ont été réformés plusieurs fois [2]. Des décrets-lois de 1926 en ont supprimé certains : comme ils étaient insuffisamment occupés, seuls 22 d'entre eux furent maintenus, tous étant désormais interdépartementaux (sauf le conseil de préfecture de la Seine). Et, pour améliorer la qualité de leur personnel, on a posé le principe du recrutement par concours et la carrière des conseillers a été rendue plus attractive. Les résultats de ces mesures ont été satisfaisants et, dès 1933, on a pu étendre la compétence des conseils (contentieux des fonctionnaires locaux, de la responsabilité des communes, des départements, des établissements publics municipaux ou départementaux...).

Malgré ces extensions, leur compétence demeurait pourtant une *compétence d'attribution.* Mais les progrès ainsi réalisés suggérèrent une nouvelle réforme, de bien plus grande envergure : le meilleur moyen de remédier à l'embouteillage du Conseil d'État ne consistait-il pas à remplacer les Conseils de préfecture par des *juridictions de droit commun du contentieux administratif en première instance ?* C'est ce qui fut décidé par un décret-loi du 30 septembre 1953 complété par un décret du 28 novembre 1953. Ces textes créaient les **tribunaux administratifs** et précisaient leurs relations avec le Conseil d'État qui conservait une compétence en premier ressort fort importante par les matières traitées mais strictement limitée dans son étendue.

---

1. CE 13 déc. 1889, *Cadot c/Ville de Marseille*, *R.* 1148, concl. H. Jagerschmidt, *S.* 1892, IIIe partie, p. 17, note M. Hauriou. *Adde* : J. Chevallier, « Réflexions sur l'arrêt *Cadot* », *Droits,* n° 9, 1989.79.
2. V. P. Gonod, « La réforme de la justice administrative, 1888-1940 », dans *Regards sur l'histoire de la justice administrative,* M. Bouvet et G. Bigot (dir.), Lexis Nexis, Litec, 2006, p. 267.

Cette division du travail s'est avérée insuffisante. Pour résoudre l'embouteillage du Conseil d'État et réduire les délais de jugement (la durée moyenne des instances étant de trois ans), la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif a créé un échelon juridictionnel complémentaire : les **cours administratives d'appel** [1]. Depuis leur installation en 1989 et leur mise en place progressive, la hiérarchie normale des juridictions administratives s'est ainsi rapprochée de celle des juridictions judiciaires. Il y a, sauf exceptions, trois niveaux : première instance, appel, cassation. Le nombre des recours en premier ressort enregistrés par les tribunaux administratifs n'a cependant pas cessé de croître, passant de 25 000 en 1976 à 123 000 en 2001 et 156 000 en 2005. Au début du XXI[e] siècle, il pouvait être observé que si, pour les tribunaux administratifs, « la situation va à peu près » et si, pour le Conseil d'État, « elle va mieux », pour les cours, elle se dégrade et l'on semble « risquer le naufrage » (délai de près de 3 ans, plus de 14 000 affaires réglées en 2002, mais avec un arriéré de plus de 40 000) [2]. Le naufrage a été évité et l'amélioration paraît incontestable, en dépit de ce que le Conseil d'État appelle pudiquement des « contraintes budgétaires imposées depuis l'année 2005 et reconduites pour l'année 2006 »[3]. D'importants « gains de productivité » sont attendus du développement des téléprocédures et de la dématérialisation des dossiers.

§ 3. La garantie constitutionnelle du dualisme juridictionnel

Le texte de la Constitution ne garantit pas expressément le dualisme juridictionnel. Néanmoins, par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il a pu y avoir tout à la fois affirmation de l'indépendance de la juridiction administrative et reconnaissance à son profit d'une « réserve de compétence ».

D'abord, dans une décision du 22 juillet 1980, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que **l'indépendance des juridictions est garantie** ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement » [4]. Cela suppose le dualisme juridictionnel : s'il ne peut y avoir atteinte à l'indépendance, il va de soi que la suppression est impossible.

Ensuite, dans la décision du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, le même Conseil constitutionnel a précisé que « conformément à la conception française de

---

1. V. *AJDA* 1995, *n[o] spécial du cinquantenaire, Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'efficacité de la règle : bilan et perspectives d'un droit en mutation ;* notamment M. Combarnous, « La réforme du contentieux administratif : du décret du 30 septembre 1953 à la loi du 31 décembre 1987 », p. 175 ; et B. Stirn, « Tribunaux administratifs et cours administratives d'appel : un nouveau visage », p. 183.
2. B. Pacteau, « Le décret du 24 juin 2003 au secours des cours administratives d'appel », *RFDA* 2003.910 — Sur ce décret, *infra*, p. 46 et p. 56 ; et pour des chiffres détaillés concernant l'activité des juridictions administratives : CE, Rapport public (annuel), *EDCE*, La Documentation française. Selon le rapport 2006, la durée moyenne de l'instance s'établit à 11 mois et 15 jours au CE ; elle est de 1 an, 4 mois et 6 jours pour les TA et de 1 an, 4 mois et 7 jours pour les CAA.
3. Rapport public 2006, p. 166.
4. CC 22 juill. 1980 (*JO* 24 juill. 1980) ; *AJDA* 1980.602, note G. Carcassonne ; était posé, en l'espèce, le problème des validations législatives, lesquelles apparaissent, à juste titre, comme étant de nature à porter atteinte à l'indépendance des juridictions (v. *infra*, p. 63).

la séparation des pouvoirs, figure au nombre des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » celui selon lequel, **à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique,** par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » [1].

À l'indépendance s'ajoute, par conséquent, une compétence qui, en l'état de la Constitution, ne peut qu'être celle de la juridiction administrative. Son fondement, il faut le souligner, n'est pas le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, lequel — ainsi que l'a relevé préalablement le Conseil en 1987 — n'a pas valeur constitutionnelle [2].

Section 2
Les juridictions administratives [3]

Les juridictions administratives forment l'**ordre administratif** [4] (§ 1). Ayant à statuer sur **différentes sortes de contentieux** (§ 2), elles sont tenues de respecter certaines règles dites de **procédure administrative contentieuse** (§ 3).

---

1. CC 23 janv. 1987, *GAJA* nº 93 ; S. Velley, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP* 1989.767 ; *infra*, dossier 14, p. 658.

2. C'est logique. Le principe de séparation des autorités était lié à une certaine conception de la séparation des pouvoirs ; il en était déduit que les tribunaux judiciaires ne pouvaient juger une administration qui n'avait, de ce fait, aucun juge extérieur à elle. Tel n'est plus le cas : il y a une juridiction administrative ; séparée de l'Administration, elle entend être une véritable juridiction, comparable donc, à certains égards, aux juridictions judiciaires. Raisonner comme par le passé pourrait conduire à lui interdire, à elle aussi, de connaître des actes administratifs ! Ce qui serait absurde. Aujourd'hui, force est de distinguer séparation des autorités et séparation des pouvoirs. Si la première a joué un rôle historique considérable, seule la seconde est constitutionnelle : elle vise aussi bien la juridiction administrative que la juridiction judiciaire ; elle implique leur indépendance et elle n'empêche nullement le contrôle juridictionnel. Telle est la « conception française de la séparation des pouvoirs » : l'existence de la juridiction administrative suppose qu'une certaine compétence lui soit attribuée et soit par là même refusée à la juridiction judiciaire.

3. Ces juridictions administratives sont régies (à l'exception des juridictions spéciales) par le **Code de justice administrative** (édicté par l'ordonnance du 4 mai 2000 pour la partie législative, et par deux décrets du même jour pour la partie réglementaire). V. D. Chabanol, *Code de justice administrative* annoté et commenté, Éd. Le Moniteur, 2e éd., 2004. Il figure aussi dans le *Code administratif Dalloz*, éd. 2006 ; et, comme pour les autres codes, une édition mise à jour est régulièrement publiée par les éditions des journaux officiels.

4. V. le schéma p. 81. Le mot « ordre » est ici entendu largement. Il désigne l'ensemble des juridictions administratives. Dans la Constitution, son sens est beaucoup plus précis : selon l'article 34, la loi seule (par opposition au règlement) peut créer de « nouveaux ordres de juridiction » ; au sens large, cela signifierait pratiquement que la loi n'aurait jamais à intervenir ; à côté de l'ordre administratif, il y aurait l'ordre judiciaire et l'on verrait mal ce que pourrait être la création de « nouveaux ordres de juridiction » ; c'est pourquoi il a été admis (ce qu'a confirmé la jurisprudence du Conseil constitutionnel) que la Constitution vise toute juridiction n'entrant pas dans une catégorie déjà existante ; ont, par exemple, été considérés comme des « ordres de juridiction », les « conseils des prud'hommes » ou encore les « chambres d'expropriation ».

§ 1. L'ORDRE ADMINISTRATIF

L'ordre administratif comprend à la fois des *juridictions de droit commun* (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Conseil d'État) et des *juridictions spécialisées* (A). Il est caractérisé également par la diversité des *personnels* qui en assurent le fonctionnement (B).

A. L'architecture de l'ordre administratif

Au sommet, le Conseil d'État contrôle l'ensemble en tant que juge de cassation ou, plus rarement, d'appel tout en exerçant lui-même une compétence d'attribution en première instance. Les autres juridictions de droit commun (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel) sont territoriales et se distinguent encore à ce titre des juridictions spécialisées.

I. Le Conseil d'État [1]

Créé par la Constitution du 22 frimaire an VIII (15 décembre 1799) à l'image du Conseil du Roi, le Conseil d'État joue un rôle fondamental dans la vie publique française qui va bien au-delà de ce que pourrait donner à penser sa seule place au sein de la juridiction administrative. Ses compétences sont doubles. Il est **conseiller du gouvernement** et **juge de l'Administration :** il fournit des **avis** au premier et, lorsqu'il statue au contentieux, prend des décisions habituellement appelées **arrêts** [2].

a) L'organisation

L'article L. 121-1 du Code de justice administrative dispose que « la présidence du Conseil d'État est assurée par le **vice-président »** [3]. Il est ainsi nommé car, au cours de l'histoire, la présidence a été confiée successivement au chef de l'État, au garde des Sceaux, puis au chef du gouvernement. Aujourd'hui le Premier ministre (et en son absence le garde des Sceaux) peut présider l'Assemblée générale. Toutefois, cette présidence est essentiellement protocolaire (et ne concerne pas l'activité contentieuse).

---

1. J. Massot et T. Girardot, *Le Conseil d'État,* Les Études de La Documentation française, 1999 ; J.-P. Costa, *Le Conseil d'État dans la société contemporaine,* Economica, Mieux Connaître, 1993 ; Y. Robineau et D. Truchet, *Le Conseil d'État,* PUF, « Que sais-je ? », n° 2855, 2e éd., 2002. À voir aussi pour leur iconographie : *Le Conseil d'État de l'an VIII à nos jours. Livre jubilaire du deuxième centenaire,* Adam Biro, 1999 ; E. Arnoult et F. Monnier, *Le Conseil d'État. Juger, conseiller, servir,* « Découvertes », Gallimard, 1999. Attaché à montrer le fonctionnement de l'institution, de l'intérieur, mais avec un regard extérieur préoccupé de comprendre « comment se fabrique le droit » : B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, « La Découverte », 2002. Outre des renseignements pratiques et une sélection des arrêts les plus récents, le site internet (www.conseil-etat.fr) propose quant à lui une visite guidée du Palais Royal où l'institution est installée — 1, place du Palais-Royal, 75100 Paris Cedex 01.
2. V. dossier 4, p. 195 (pour ses compétences consultatives et son organisation en tant que conseil).
3. P. Gonod, *La présidence du Conseil d'État républicain*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005.

Un rôle important est exercé par le « Bureau », réunissant le vice-président et les présidents des **six sections** qui sont les formations de travail [1] : des cinq *sections administratives* qui exercent les compétences consultatives, se distingue la *section du contentieux* divisée en dix sous-sections pour l'instruction et, sauf dans certains cas, le jugement des affaires.

En effet, les arrêts sont rendus soit par une *sous-section jugeant seule* (si l'affaire ne présente à juger aucune question de droit nouvelle et n'appelle pas d'appréciation particulièrement délicate), soit par des *sous-sections réunies*, la *section du contentieux* ou l'*assemblée du contentieux* (selon l'importance de l'affaire et la nature des questions posées). En tant que formation de jugement, la section du contentieux comprend non pas tous ses membres mais seulement son président, ses trois présidents adjoints, les dix présidents des sous-sections, deux membres des sections administratives et le rapporteur de l'affaire. Quant à l'assemblée du contentieux, elle est composée du vice-président du Conseil d'État, des six présidents de section, des trois présidents adjoints de la section du contentieux, du président de la sous-section sur le rapport de laquelle l'affaire est présentée et, enfin, du rapporteur [2].

b) Les attributions contentieuses

Juridiction suprême de l'ordre administratif, le Conseil d'État assure des compétences diverses qui le distinguent de la Cour de cassation. En effet, il est juge de cassation mais il a gardé depuis 1953 d'importantes attributions comme juge de premier ressort, et il reste aussi, bien que de façon réduite, un juge d'appel.

– En premier (et dernier) ressort le Conseil d'État n'est pas le juge de droit commun. Toutefois ses compétences sont nombreuses.

D'une part, il est saisi des *recours en annulation* contre *certains actes importants* tels que les décrets, les ordonnances non ratifiées, les actes réglementaires des ministres ainsi que les décisions individuelles des ces derniers prises après avis obligatoire du Conseil d'État, les décisions administratives des organismes collégiaux à compétence nationale (cas des conseils nationaux des ordres professionnels et de certaines autorités administratives indépendantes, par exemple la CNIL) ; de même, il statue sur les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président de la République ; et sur les actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative.

---

1. Est aussi associé au bureau, le secrétaire général du Conseil d'État dont le rôle est essentiel car il a, sous l'autorité du vice-président, la responsabilité des services administratifs. V. B. Stirn, « Le secrétaire général du Conseil d'État », *Études en l'honneur de Georges Dupuis,* LGDJ, p. 279.
2. Parce qu'elle a deux sens différents, l'expression « section du contentieux » prête parfois à confusion. Pour l'éviter, il faut bien voir qu'elle prend place dans deux séries de termes à ne pas confondre :
– sections administratives/section du contentieux,
– sous-sections réunies/section du contentieux/assemblée du contentieux.
Il est à remarquer aussi que la présence de membres des sections administratives dans les formations de jugement peut être aujourd'hui discutée à la lumière de l'arrêt CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/Luxembourg*, *RFDA* 1996.777, note J.-L. Autin et F. Sudre (défaut d'impartialité du Conseil d'État luxembourgeois au motif que quatre des cinq membres d'une formation de jugement avaient siégé auparavant au sein de la formation consultative saisie pour avis de la réglementation litigieuse). Quelle en est la portée exacte ? Quelles pourraient être, en France, ses implications ?

D'autre part, le Conseil d'État connaît sur le fondement de dispositions législatives particulières des *recours de pleine juridiction* contre certaines décisions (essentiellement des *sanctions*) d'autorités indépendantes : notamment le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel), l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes), la CRE (Commission de régulation de l'énergie).

Enfin le Conseil d'État a une compétence de premier ressort en *matière électorale* notamment pour les élections au Parlement européen et celles des conseils régionaux [1].

– **En appel** le Conseil d'État n'a que des compétences très limitées, les juges d'appel étant principalement les cours administratives d'appel. Il statue en appel dans le contentieux des élections municipales et cantonales, et sur les jugements en appréciation de légalité ou en interprétation rendus sur renvoi du juge judiciaire. De plus, il a une compétence en appel dans certaines procédures d'urgence.

– **En cassation** le Conseil d'État connaît depuis longtemps des recours formés contres les décisions de dernier ressort des juridictions spécialisées, et, depuis la création des Cours administratives d'appel, des recours dirigés contre leurs arrêts. La loi du 31 décembre 1987 a modifié ses pouvoirs en lui ouvrant deux possibilités après l'annulation : soit il renvoie l'affaire au juge du fond qui statue de nouveau ; soit (et c'est une innovation) s'il estime que « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* » il rejuge lui-même l'affaire *au fond* et statue définitivement (il doit d'ailleurs le faire dans le cas d'un deuxième recours en cassation dans une même affaire) [2].

Le Conseil d'État statue aussi en cassation sur les décisions rendues en premier et dernier ressort par des tribunaux administratifs (cas de certaines procédures d'urgence).

Toutes ces compétences contentieuses du Conseil d'État se traduisent par des décisions juridictionnelles. Cependant en matière contentieuse cette haute juridiction a une autre attribution instituée par la loi du 31 décembre 1987 (CJA, art. L. 113-1), dans le but de dire rapidement le droit et accélérer le jugement des litiges. En effet, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent, s'ils estiment être en présence d'une « question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges », transmettre le dossier, *pour avis*, au Conseil d'État (et, dans ce cas, surseoir à statuer jusqu'à l'avis ou jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois) — Ils l'ont fait à onze reprises en 2002 [3]. Si, en principe, l'avis ne lie pas la juridiction qui l'a demandé ni les autres juridictions administratives, celles-ci, en pratique, ne peuvent guère que le respecter. Ces **avis contentieux** du Conseil d'État sont à distinguer de ceux émis en matière législative et administrative : ils sont de la compétence des formations contentieuses et non des formations administratives [4].

---

1. S'ajoute à cela une compétence établie pour remédier à la difficulté ou à l'impossibilité de déterminer un tribunal administratif territorialement compétent (recours contres des actes dont le champ d'application dépasse le ressort d'un tribunal, et litiges nés hors des territoires soumis à la juridiction des tribunaux administratifs). Sur ces diverses compétences de premier ressort, v. les articles L. 311-3 et 4, et R. 311-1 du CJA.

2. Sur le contrôle effectué en cassation par le Conseil d'État, v. p. 608.

3. CE, Rapport public 2003, *EDCE* n° 54, La Documentation française, p. 20, qui souligne « l'extrême intérêt de plusieurs de ces demandes » et considère qu'une telle procédure « offre le visage d'une justice moderne » – 19 demandes ont été enregistrées en 2004 ; 11 encore en 2005.

4. V. D. Labetoulle, « Ni monstre, ni appendice : le renvoi de l'article 12 », *RFDA* 1988.213 ; A. Ashworth, « Singularité et tradition : l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 », *RDP* 1990.1439 ;

II. Les juridictions territoriales

a) Les tribunaux administratifs [1]

Les tribunaux administratifs ont succédé en 1953 aux conseils de préfecture. En 2006, il y en a trente-huit [2]. Bientôt, il y en aura trente-neuf [3].

Leurs décisions s'appellent des **jugements**. Ils statuent *en premier ressort* et, sous réserve d'appel devant le Conseil d'État ou devant une cour administrative d'appel, sont *juges de droit commun du contentieux administratif.* Cela signifie que tous les litiges administratifs relèvent de leur compétence sauf si une disposition spéciale d'une loi ou d'un texte équivalent ne déroge à ce principe en attribuant compétence à une autre juridiction. En d'autre termes, tous les recours qui ne sont pas expressément réservés au Conseil d'État ou à une autre juridiction administrative doivent être portés devant eux. Dans certaines procédures, ils statuent en *premier et dernier ressort* (leurs décisions ne peuvent alors faire l'objet que d'un recours en cassation devant le Conseil d'État).

Quant à la compétence de chaque tribunal administratif le principe est que le **tribunal territorialement compétent** est celui dans le ressort duquel se trouve le *siège de l'autorité* dont l'acte est attaqué. Pour éviter l'encombrement du tribunal administratif de Paris (du fait du grand nombre de décisions prises dans les bureaux de la capitale), les textes ont, dès 1953, prévu des *exceptions à cette règle dite du lieu de la décision* : pour les litiges d'ordre individuel relatifs à un agent public, le tribunal compétent est celui du *lieu d'affectation de l'agent* ; pour les litiges relatifs à des immeubles, le tribunal compétent est celui dans *le ressort duquel se trouve l'immeuble* ; en matière de pensions, d'emplois réservés, de reconnaissance d'une certaine qualité (combattant, déporté), ou encore en cas de mesures individuelles de police, le tribunal compétent est celui du *lieu de résidence des intéressés* (CJA, art. R. 312-6 et s.).

b) Les cours administratives d'appel

Elles ont été instituées par la loi du 31 décembre 1987 pour statuer sur les jugements des tribunaux administratifs frappés d'appel, en dehors des cas où le Conseil d'État demeure compétent en appel. Pour les désencombrer, leur compétence a toutefois été

F. Brenet et A. Claeys, « La procédure de saisine pour avis du Conseil d'État : pratique contentieuse et influence en droit positif », *RFDA* 2002.525. Une procédure consultative similaire a été organisée pour les juridictions judiciaires par une loi du 15 mai 1991 : sauf en matière pénale, les juridictions peuvent saisir, pour avis, la Cour de cassation (H.-M. Darnanville, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *AJDA* 2001.416).

1. Dossiers *AJDA* 2004.625 (les tribunaux administratifs ont cinquante ans, état des lieux et perspectives) et *JCP A* 2005.1276 et s. (l'avenir des tribunaux administratifs).

2. Vingt-neuf en métropole : Amiens, Bastia, Besançon, Bordeaux, Caen, Cergy-Pontoise, Châlon-en-Champagne, Clermont-Ferrand, Dijon, Grenoble, Lille, Limoges, Lyon, Marseille, Melun, Montpellier, Nancy, Nantes, Nice, Nîmes, Orléans, Paris, Pau, Poitiers, Rennes, Rouen, Strasbourg, Toulouse, Versailles.
Neuf outre-mer : Basse-Terre (Guadeloupe), Cayenne (Guyane), Fort-de-France (Martinique), Mamoudzou (Mayotte), Saint-Denis (Réunion), Saint-Pierre (Saint-Pierre et Miquelon), Papeete (Polynésie), Nouméa (Nouvelle-Calédonie), Mata-Utu (Wallis et Futuna).

3. Avec la création encore prévue du tribunal administratif de Toulon, en 2008.

réduite par le décret du 24 juin 2003 qui a supprimé la possibilité d'appel dans un certain nombre de litiges [1].

Ces cours qui ont aussi, comme d'ailleurs les tribunaux administratifs, une fonction consultative [2] sont au nombre de huit : Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes, Paris et Versailles. Elles comportent de trois à six chambres et elles sont présidées par un conseiller d'État en service ordinaire [3].

III. Les juridictions spécialisées

Les juridictions spécialisées (ou spéciales) présentent deux traits principaux : d'une part, leur compétence est une *compétence d'attribution* (elles ne connaissent que des affaires qui leur sont confiées par un texte précis), ce qui peut conduire à les assimiler à des juridictions d'exception ; d'autre part, le Conseil d'État en contrôle l'activité, directement ou indirectement, par la voie du *recours en cassation*.

Il existe plusieurs dizaines de juridictions spécialisées. La plus célèbre est certainement la *Cour des comptes* à laquelle se sont ajoutées en 1982 des *Chambres régionales des comptes.* Dans ce même domaine financier, la *Cour de discipline budgétaire et financière* intervient également mais ses décisions qui concernent des ordonnateurs (comme, par exemple, des directeurs d'un ministère, des préfets, des présidents d'université, etc.) demeurent peu nombreuses [4]. En matière disciplinaire, outre le *Conseil supérieur de la magistrature* dont le classement parmi les juridictions administratives peut surprendre [5], bien des organismes jouent un rôle souvent important : il en est ainsi des *sections disciplinaires des conseils d'université* dont les décisions peuvent être l'objet d'un appel devant le *Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche* (CNESER, soumis, quant à lui, comme les autres juridictions spécialisées, au contrôle en cassation du Conseil d'État). Le système est comparable à l'intérieur des ordres professionnels : ainsi, pour les médecins, une *chambre disciplinaire nationale* est saisie en appel des décisions des *chambres disciplinaires de première instance*. Dans un tout autre domaine, la *Commission des recours des réfugiés* statue sur les recours dirigés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) refusant le titre de réfugié ainsi que sur les refus d'accorder l'asile territorial.

La multiplication de ces juridictions n'est pas sans poser parfois des problèmes de qualification. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la question **« qu'est-ce qu'une**

---

1. Décret du 24 juin 2003 relatif aux cours administratives d'appel et modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative (*JO* 25 juin 2003 ; comm. S. Boissard, *AJDA* 2003.1375 ; B. Pacteau, *RFDA* 2003.910. L'arrêt CE 17 décembre 2003, *M. Meyet* (*AJDA* 2004.712, note J.-P. Markus), rejette un recours contre ce décret. Il précise que la règle du double degré de juridiction « ne constitue pas un principe général du droit qui interdirait au pouvoir réglementaire de prévoir, dans l'exercice de sa compétence, des cas dans lesquels les jugements sont rendus en premier et dernier ressort ». V. M. Deguergue, « Le double degré de juridiction », *AJDA* 2006.1308 (dans un dossier sur « l'appel en contentieux administratif »).
2. CJA, art. R. 212-1.
3. Cinq avaient été initialement prévues. Deux se sont ajoutées pour « permettre un rééquilibrage des ressorts géographiques ». Il s'agit de celles de Marseille et Douai, créées par décrets de 1997 et 1998. Une huitième a été créée, en 2004, à Versailles, pour alléger la charge pesant sur celle de Paris.
4. Ces juridictions en matière financière sont régies par le *Code des juridictions financières*. V. aussi p. 79 au sujet de la mission de contrôle non juridictionnel de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, et sur ces dernières, v. p. 250.
5. V. *infra*, p. 617.

juridiction ? » reste très ouverte. Il n'est pas toujours facile de dire si tel ou tel organisme est une juridiction qui rend des jugements ou une autorité administrative prenant des décisions administratives. Dans l'incertitude, le Conseil d'État procède de manière très empirique, contraint qu'il est de rechercher un « faisceau d'indices » [1].

B. Le personnel de l'ordre administratif

Dans ces diverses juridictions administratives, la justice est rendue parfois par des *« professionnels »* qui jouent occasionnellement le rôle de juges : des enseignants au Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche, des médecins dans les conseils de l'Ordre, etc. À l'inverse, la Cour des comptes est composée de *magistrats* dont le statut est tout à fait comparable à celui des magistrats judiciaires : ils bénéficient de l'inamovibilité, ils sont regroupés en chambres, ils sont placés sous l'autorité d'un Premier président, ils servent, pour certains d'entre eux, dans un parquet dirigé par un Procureur général.

L'autre *« grand corps »* [2], dans cet ordre administratif, est le Conseil d'État. Pour remplir ses missions, il comprend, environ trois cents fonctionnaires qui ne sont pas des magistrats, bien qu'ils exercent des fonctions juridictionnelles [3]. Les **auditeurs** sont recrutés parmi les élèves de l'ENA à leur sortie de l'école ; les **maîtres des requêtes** sont d'anciens auditeurs ou bien (pour un quart des emplois) des fonctionnaires nommés au tour extérieur aux seules conditions d'avoir trente ans et d'avoir été agent public pendant dix ans ; enfin les **conseillers d'État** sont nommés soit parmi les maîtres des requêtes, soit (pour le tiers au plus) parmi des hauts fonctionnaires, des hommes politiques, des syndicalistes, etc., bref des personnalités choisies par le gouvernement, à la seule condition d'avoir quarante-cinq ans. Tous ces fonctionnaires font *carrière* à l'intérieur du Conseil d'État [4]. Bien que les nominations de maîtres des requêtes et de conseillers d'État soient décidées en principe au choix, elles interviennent en réalité à *l'ancienneté* (sauf bien entendu pour le tour extérieur) ce qui est la source d'une réelle indépendance. Ce corps accueille aussi des *conseillers d'État en service extraordinaire.* Nommés pour quatre ans, en raison de leurs qualifications dans tel ou tel domaine de l'activité nationale, ils prennent part aux activités consultatives sans pouvoir participer aux fonctions juridictionnelles du Conseil d'État.

Les **conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel** constituent un *corps unique.* En 1986, une loi a décidé qu'ils ne peuvent recevoir, sans leur

---

1. V. *infra,* p. 608.
2. Dans la pratique administrative, il est fait état habituellement de trois grands corps administratifs (par opposition aux grands corps techniques d'ingénieurs) : le Conseil d'État, la Cour des comptes et l'Inspection générale des finances. Certains y ajoutent le corps diplomatique et le corps préfectoral. V. M.-C. Kessler, *Les grands corps de l'État,* Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1986.
3. Même s'il tend à y avoir identification, il convient de distinguer le « Conseil d'État institution » et le « Conseil d'État corps ». Le premier est l'organisme remplissant un certain nombre de fonctions, comme peut le faire un ministère ou l'Assemblée nationale. Le second, au sens de la fonction publique, est l'ensemble des fonctionnaires ayant vocation à exercer les fonctions (M. Boyon et P. Gonod, « Entretien sur quelques aspects de l'esprit de corps au Conseil d'État », *Études en l'honneur de Georges Dupuis,* LGDJ, 1997, p. 27). Ces fonctionnaires se distinguent eux-mêmes des autres personnels assurant les tâches administratives telles que le secrétariat.
4. V. le Titre 3 du Livre premier du CJA.

consentement, une affectation nouvelle, même en avancement, ce qui consacre leur inamovibilité. Un *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel,* créé à la même époque, élargi et rebaptisé en 1987, a compétence sur toutes les questions relatives à la carrière de ce qu'il est, dès lors, normal d'appeler *magistrats administratifs* [1]. Leurs liens avec le Conseil d'État sont de plusieurs sortes : les tribunaux administratifs sont soumis au contrôle d'une *mission permanente d'inspection* constituée par des membres du Conseil d'État ; les cours administratives d'appel sont présidées par un conseiller d'État ; la gestion des tribunaux administratifs (qui relevait avant 1987 du ministre de l'Intérieur) et des cours administratives d'appel dépend du secrétariat général du Conseil d'État ; c'est le vice-président de celui-ci qui préside le Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

§ 2. LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE : LES QUATRE CONTENTIEUX

Le juge administratif statue sur quatre sortes de recours qui constituent ce que l'on appelle les *quatre branches* du contentieux administratif : le contentieux de la pleine juridiction ou plein contentieux, le contentieux de l'annulation, le contentieux de l'interprétation et le contentieux de la répression.

Une telle classification est utile à la clarté des exposés et elle s'impose aussi pour des raisons pratiques (selon les cas, les délais varient, le ministère d'avocat est facultatif ou obligatoire, les pouvoirs du juge sont plus ou moins étendus). Elle a été proposée, à la fin du XIXe siècle par Laferrière [2] reprenant des travaux publiés par Aucoc [3]. À l'heure actuelle, on peut la présenter de la manière suivante :

a) Pleine juridiction

Cette expression (ou celle de *plein contentieux*) tend à signifier que le juge dispose de pouvoirs étendus : il peut annuler un acte, mais aussi le réformer (lui substituer sa propre décision), ou encore prononcer une condamnation pécuniaire, selon les cas. Par suite ce contentieux présente une certaine complexité en raison de son hétérogénéité :

– Dans divers domaines les recours ont pour objet une question de légalité et le juge ne peut *qu'annuler ou réformer un acte irrégulier*. C'est le cas de *contentieux spéciaux* : fiscal, électoral, installations classées, édifices menaçant ruine. C'est aussi le cas, sur le fondement de dispositions législatives particulières, du contentieux des *sanctions* de certaines autorités administratives indépendantes.

---

1. V. néanmoins, R. Le Goff (Secrétaire général du syndicat de la juridiction administrative), « Les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont-ils des magistrats ? », *AJDA* 2003.1145. V. aussi, CE 5 nov. 2003, *Syndicat de la juridiction administrative*, *Mme Balbin*, *AJDA* 2004.827, concl. R. Schwartz : s'ils exercent bien des fonctions de magistrat et si leur statut relève de la loi en ce qui concerne leurs garanties fondamentales, ils sont toujours régis pour le reste par les dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.
2. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* nouveau tirage LGDJ, 1989.
3. L. Aucoc (1828-1910), *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées, Vve Ch. Dunod*, 1885, 3e éd., t. I, p. 471.

– Dans d'autres domaines le juge du plein contentieux est appelé à se prononcer sur l'existence ou l'étendue d'un droit et peut *prononcer une condamnation pécuniaire*. Ce contentieux (communément qualifié de « subjectif ») concerne les droits venant des contrats *(contentieux contractuel)* et les droits à indemnisation résultant de la réalisation de préjudices (*contentieux de la responsabilité*).

b) Annulation

Dès lors qu'il y a contentieux de l'annulation, les pouvoirs du juge sont moindres. Il s'agit pour lui de se prononcer sur la régularité d'un acte. Par voie d'action, il l'annule s'il l'estime irrégulier : tel est l'objet du **recours pour excès de pouvoir** [1].

c) Interprétation et appréciation de la légalité

Il s'agit ici de **recours en déclaration,** le pouvoir du juge se bornant à déclarer le sens ou la légalité d'un acte, sans l'annuler ou le réformer :

– Le recours en *interprétation* a pour objet de faire préciser par le juge la signification exacte du contenu d'un acte administratif. Il peut être direct, mais il est le plus souvent un recours incident à l'occasion d'une instance devant le juge judiciaire (le juge civil n'étant pas compétent pour interpréter une décision administrative individuelle).

– Le recours en *appréciation de légalité* est toujours un recours incident qui dérive d'une instance en cours devant le juge civil. Le juge administratif saisi se prononce par une déclaration relative à la régularité d'un acte, après avoir tranché la (ou les) question(s) posée(s) par l'autorité judiciaire [2]. Une déclaration d'illégalité n'a pas pour effet d'annuler l'acte mais d'écarter son application (il est privé d'effet) [3].

Cette procédure est à rapprocher, quant à ses effets, de *l'exception d'illégalité* qui peut être soulevée à l'appui d'un recours devant le juge administratif : à défaut de pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation, un acte peut être parfois contesté par voie d'exception, et si celle-ci est fondée l'acte est privé d'effet dans le litige [4].

d) Répression

Dans d'autres cas enfin le juge administratif inflige des sanctions ou prononce des amendes. Cette compétence appartient le plus souvent à des juridictions spécialisées : aux

---

1. Sur la distinction du recours pour excès de pouvoir et du recours de pleine juridiction et les interrogations qu'elle suscite, v. *infra*, p. 609. On peut inscrire aussi l'appel et la cassation dans le contentieux de l'annulation : il s'agit, en effet, d'annuler, éventuellement, un jugement (en appel) ou de casser un arrêt (en cassation).

2. Si celle-ci précise le moyen qui justifie le renvoi, il « ne peut connaître d'aucun autre, fût-il d'ordre public » (CE 17 oct. 2003, *M. et Mme Bompard*, *AJDA* 2003.2028, chron. F. Donnat et D. Casas).

3. Le problème des effets des déclarations d'illégalité n'en reste pas moins complexe. Alors que la Cour de cassation affirme leur autorité absolue de chose jugée, le Conseil d'État a pu sembler ne leur reconnaître qu'une autorité relative. V. F. Melleray, « L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif », *AJDA* 2004.138. Si l'on assimile le recours en appréciation de légalité à un recours pour excès de pouvoir, une autorité absolue paraît logique ; à la différence de la décision prise sur recours en interprétation qui relève du plein contentieux et n'est revêtue que de l'autorité relative de la chose jugée (V. chron. C. Landais et F. Lenica, *AJDA* 2006.365).

4. Sur les recours incidents et les pouvoirs du juge judiciaire, v. p. 664 ; sur l'exception d'illégalité, v. p. 159 et 642.

juridictions financières, mais aussi aux juridictions professionnelles qui assurent une fonction disciplinaire. Les tribunaux administratifs interviennent malgré tout pour condamner l'auteur d'une *contravention de grande voirie,* c'est-à-dire d'un fait de nature à compromettre l'état matériel ou l'usage de certains éléments du domaine public, principalement, des voies de communication autres que les voies publiques terrestres (dont le contentieux relève du juge judiciaire) : il peut s'agir, par exemple, de la détérioration d'un passage à niveau ou du défoncement d'un pylône. Le contrevenant doit payer une amende et, en plus, il doit réparer le dommage qu'il a causé [1].

Cette classification est une bonne introduction à la pratique du contentieux mais elle a été, à juste titre, critiquée d'un point de vue théorique, et certains juristes ont proposé d'autres schémas : au début du siècle, à partir de la nature de la question posée au juge, Léon Duguit [2] opposait la **juridiction subjective** et la **juridiction objective**. « Il y a juridiction subjective, écrivait-il, toutes les fois que le juge est appelé à résoudre avant tout et principalement une question de droit subjectif » (rapports entre un créancier et son débiteur, en particulier). En revanche, poursuivait-il, « il y a juridiction objective toutes les fois que la question posée au juge est une question de droit objectif » (question de la régularité juridique d'un acte, par exemple).

Tout aussi critique, René Chapus [3] distingue aujourd'hui — sans reprendre ici l'opposition très contestable d'un droit objectif et d'un droit subjectif — deux grands volets dans le contentieux administratif : soit l'on réclame, soit l'on est poursuivi. Ainsi le **contentieux des recours** s'exerce contre une *décision* en vue de son annulation, de la déclaration de son irrégularité ou de son interprétation et, le cas échéant, en vue du prononcé des condamnations liées à l'annulation (il se subdivise en contentieux de pleine juridiction et contentieux de l'excès de pouvoir — expression préférée à « contentieux de l'annulation », notamment « parce qu'un recours en annulation peut appartenir au contentieux de pleine juridiction »). Au contraire, le **contentieux des poursuites** est dirigé contre une *personne* afin que la juridiction saisie inflige à celle-ci une sanction [4].

§ 3. LE SCÉNARIO D'UN PROCÈS : QUELQUES ASPECTS ESSENTIELS DE LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE CONTENTIEUSE [5]

Il n'y a pas toujours procès. La contestation d'un comportement administratif débouche normalement sur un dialogue direct entre l'Administration et l'administré (A). Ce n'est

---

1. V. dossier 8, p. 406.
2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* de Boccard, 2e éd., 1923, p. 342.
3. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif,* n°s 227 et s.
4. V. aussi, avec une autre classification : J.-M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative,* Litec, 1992. Et F. Melleray, « Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale », LGDJ, 2001 ; W. Kloepfer, « Réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle », *AJDA* 2003.585 (à l'instar de F. Melleray, plaide pour un « dédoublement du recours pour excès de pouvoir : l'un portant sur le contrat, l'autre sur l'acte unilatéral »).
5. La *procédure administrative contentieuse* concerne le déroulement d'un procès devant le juge administratif (comparer avec « procédure civile », « procédure pénale », etc.). *La procédure administrative non contentieuse* correspond quant à elle à l'action conduite par l'administration en dehors de tout procès : il suffit de l'appeler « procédure administrative », sans autre épithète. Le terme « contentieux » s'entend

que si le désaccord persiste que, dans certains cas, les parties s'en remettent au juge qui arbitre et tranche entre leurs prétentions (B). Aussi le terme *recours* est-il pris dans deux sens différents : il est usuel de distinguer les **recours administratifs** (première hypothèse) et les **recours contentieux** (deuxième hypothèse).

A. Les recours administratifs

Lorsqu'un administré, mécontent de la décision prise à son encontre, adresse sa réclamation à une *autorité administrative,* on se trouve en présence d'un *recours administratif.* Le **recours gracieux** est porté devant l'auteur de l'acte contesté ; par le **recours hiérarchique,** l'administré fait appel au supérieur hiérarchique de l'agent qui a pris la décision critiquée (encore faut-il qu'existe un supérieur hiérarchique, ce qui n'est pas toujours le cas puisque diverses autorités ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique : les autorités décentralisées, les AAI). L'administré peut invoquer aussi bien des arguments de fait que des arguments de droit. Très logiquement, l'administrateur a la possibilité de régler le différend aussi bien sur la base de considérations d'ordre juridique qu'en se fondant sur la pure opportunité.

Les recours administratifs sont donc des demandes ; mais, pour mériter leur nom, il faut qu'ils interviennent en cas de désaccord, c'est-à-dire pour résoudre un *litige.* Les simples demandes extérieures à toute contestation ne sont pas des recours, alors que tout recours est, bien entendu, une demande.

Ces recours évidemment sont fréquents. Ils constituent tout à la fois un instrument de protection des administrés et un mode de prévention du contentieux [1]. D'une façon générale, il est admis depuis longtemps que le délai de recours contentieux (c'est-à-dire devant le juge) est prorogé dès lors qu'un recours administratif a été formé lui-même dans le délai contentieux. Cela dit, les modalités d'exercice des recours administratifs sont diverses. Des recours facultatifs, toujours possibles même sans texte, se distinguent des recours qui constituent un préalable obligatoire à la saisine du juge. Prévus par des textes, ils sont en augmentation, d'autant plus que le juge interprète assez souvent dans ce sens des dispositions ambiguës quant à l'obligation. L'objectif est d'éviter le procès [2].

---

ainsi, au sens strict, comme étant le *contentieux juridictionnel*. Cependant il est aussi utilisé au sens large pour exprimer l'ensemble des litiges et des moyens, juridictionnels ou non-juridictionnels, pour les résoudre. V. J. Chevallier, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974.

1. P. Gonod, « Les recours administratifs », *Les cahiers de la fonction publique*, avril 2005, p. 4 (dans un dossier sur « Le règlement non contentieux des litiges »). V. aussi J.-M. Auby, « Les recours administratifs préalables », *AJDA* 1997.10 (Dossier « les modes alternatifs de règlement des litiges ») et, plus généralement, *Code de l'administration*, B. Stirn et S. Formery (dir.), Lexis Nexis, Litec, 2006.

2. Après être allé jusqu'à admettre que l'obligation de recours administratif préalable à un recours contentieux ne vaut pas seulement pour les personnes expressément visées par un texte mais s'impose à toute autre personne justifiant d'un intérêt lui donnant qualité pour introduire le recours contentieux (CE 28 sept. 2005, *M. Louis*, *AJDA* 2006.103, note A.-M. Mazetier), le Conseil d'État a toutefois cantonné cette obligation aux décisions administratives des ordres professionnels (CE 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin*, *AJDA* 2006.796, chron. C. Landais et F. Lenica). À propos de ces arrêts a été plus particulièrement reposée la question de la rétroactivité des règles jurisprudentielles (*infra*, p. 143) : en effet, dans l'affaire *Louis*, en imposant un recours administratif préalable non prévu par un texte, et en appliquant cette règle jurisprudentielle au requérant, le juge lui applique une règle de recevabilité qu'il ne pouvait connaître et

Le *régime juridique des recours administratifs* est très souple. Selon la **loi du 12 avril 2000**, ils doivent néanmoins en principe, comme toute demande adressée à une autorité administrative, faire l'objet d'un « *accusé de réception* dans des conditions définies par décret en Conseil d'État » [1]. À défaut, les délais de recours ne sont pas opposables à l'intéressé. Il va de soi que l'Administration — à laquelle il est souvent reproché de ne pas leur prêter assez attention — se doit de répondre au mieux à toute demande, quelle qu'elle soit, après un examen effectif [2].

B. Les recours contentieux

Des règles de procédure précisent les modalités de la saisine des diverses juridictions, de l'instruction des affaires et de la prise de décision. Elles figurent dans des textes et aussi dans la jurisprudence qui consacre l'existence de règles ou principes généraux [3]. S'en dégagent les *caractères généraux des recours et de la procédure contentieuse*, qui déterminent le *déroulement normal d'une affaire* mais dont les exigences sont susceptibles d'être adaptées en cas de *procédures d'urgence*.

I. Caractères généraux des recours contentieux et de la procédure contentieuse

– Les *recours contentieux* sont soumis à un *juge*, qui tranche le litige ès qualités. Ils doivent être réglés sur la base du *droit*. Certes le juge interprète les normes dont il doit faire application, mais il ne saurait les écarter purement et simplement, même au nom de l'équité [4]. Ils s'ouvrent par une *requête* qui, en principe, *ne suspend pas l'exécution* des décisions administratives en cause [5], et débouchent sur une décision qui bénéficie de *l'autorité de la chose jugée*.

– Les recours contentieux obéissent à des conditions plus ou moins strictes de *forme* et de *procédure*, en particulier de *délais* [6].

---

donc respecter au moment du dépôt de son recours contentieux ! (V. Tribunes de B. Seiller, *AJDA* 2005.2425 et *AJDA* 2006.681).

1. Loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*JO* 13 avr. 2000, art. 19). L'article 18, revenant sur la jurisprudence antérieure qui distinguait les recours et les demandes (faisant l'objet du décret du 28 novembre 1983), précise que sont ici « considérées comme des demandes... les demandes et les réclamations, y compris les recours gracieux ou hiérarchiques... » ; décret du 6 juin 2001 relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives (*JO* 10 juin 2001).

2. V. la circulaire du Premier ministre, du 9 février 1995, relative au traitement des réclamations adressées à l'Administration (*JO* 15 févr. 1995).

3. Le rôle de la jurisprudence en la matière a toujours été essentiel, ce qui n'a pas empêché l'accumulation de textes, notamment législatifs (B. Pacteau, « Procédure administrative contentieuse, retour de la loi, et après ? », *RFDA* 1996.5, à propos de la loi du 8 février 1995). Tous ces textes ont été réunis dans le **Code de justice administrative** (cité *supra*, p. 41). Un *titre préliminaire* y consacre les règles et principes essentiels ; lesquels, pour la plupart, découlent aussi aujourd'hui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

4. V. toutefois P. Frydman, « Les considérations d'équité en droit administratif français », dans *Justice, médiation et équité. Colloque Droit et Démocratie,* La Documentation française, 1992, p. 47 ; à comparer avec, *infra,* p. 73 (concernant non plus le juge mais le Médiateur de la République).

5. Ce principe de l'effet non suspensif des recours connaît d'importants correctifs, plusieurs procédures permettant de demander au juge la suspension de l'exécution d'un acte attaqué. V. *infra*, p. 59, les procédures d'urgence, et le dossier 10, p. 489 (sur le régime d'exécution des actes).

6. CJA, art. R. 421.1 à 5.

Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, dite **décision préalable**, et souvent obtenue à la suite d'un recours administratif [1]. Cette décision préalable est, selon les cas, soit une **décision expresse,** par exemple un arrêté ou une lettre dans laquelle l'Administration manifeste sa position, soit une **décision implicite,** c'est-à-dire un silence prolongé pendant un certain temps et doté d'une signification présumée par le droit. En général, le **silence gardé pendant plus de deux mois** par l'autorité administrative sur une demande vaut *décision de rejet* [2]. Il peut cependant valoir *décision d'acceptation*, dans les cas prévus par décrets en Conseil d'État [3].

À compter de la décision préalable, il y a en principe pour agir un **délai de deux mois**. Quand la décision est expresse, ce délai court à partir non pas de l'acte lui-même mais de sa divulgation — notification pour les actes dont les destinataires sont connus ; publication pour les autres [4]. Pour ce qui est des décisions implicites, il faut noter que le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir la décision de rejet court à compter de la date de réception de la demande par l'autorité initialement saisie ; s'agissant d'une décision d'acceptation, c'est à compter de la date de réception de la demande par l'autorité compétente [5]. *En matière de plein contentieux*, seule une *décision expresse* déclenche le délai de deux mois. Il en va de même quand la réclamation tend à obtenir l'exécution d'une décision de la juridiction administrative et dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si la mesure sollicitée ne peut être prise que par décision ou sur avis des assemblées locales ou de tous autres organismes collégiaux [6].

Le délai de recours de deux mois est un *délai franc*. Pour une décision expresse, il commence à courir le lendemain de la divulgation de la décision à zéro heure *(dies a quo)* et il expire le lendemain du dernier jour *(dies ad quem)*. Par exemple, si une décision est notifiée le 2 mars, elle peut être attaquée jusqu'au 3 mai à vingt-quatre heures. Pour une décision implicite, le délai commence le lendemain de la date à laquelle elle est réputée

---

1. Si l'administré ne dispose pas d'un acte déjà pris, il doit demander à l'Administration d'arrêter sa position avant de saisir le juge. « Lorsqu'une demande est adressée à une autorité administrative incompétente, cette dernière la transmet à l'autorité administrative compétente et en avise l'intéressé » (L. 12 avr. 2000, art. 20).
2. Jusqu'à la loi du 12 avril 2000, le délai était de quatre mois.
3. Article 22 de la loi du 12 avril 2000 ; laquelle ajoute — pour les décisions de rejet, comme pour celles d'acceptation — que *des décrets en Conseil d'État peuvent prévoir un délai différent* « lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie ». Divers décrets publiés depuis 2001 en application de la loi ont fixé des délais variables, le plus souvent plus longs que deux mois, parfois même de plusieurs années. Sur les décisions implicites, v. aussi le dossier 10, p. 472.
4. V. *infra*, p. 481. Il appartient à l'Administration de faire la preuve du jour de la divulgation, si elle veut invoquer la *forclusion* (CE 22 juin 1986, *Plaway*, *R.* 173).
5. En toutes hypothèses, toujours en vertu de la loi du 12 avril 2000, le défaut d'accusé de réception d'une demande (tout comme l'absence dans celui-ci de la mention des voies et délais de recours) rend inopposable à l'intéressé les délais de recours, sauf s'il y a « demandes abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique », l'autorité étant dispensée d'accuser réception ; sauf également « lorsqu'une décision expresse... a été régulièrement notifiée avant l'expiration du délai au terme duquel est susceptible de naître une décision implicite » (alors évidemment cette décision fait courir un nouveau délai).
6. CJA, art. R. 421.3. Comme c'est souvent le cas, le Conseil d'État n'explicite pas les critères de la notion d'organisme collégial ; il se contente d'affirmer, par exemple, que l'Office national des Anciens Combattants et Victimes de guerre n'est pas un organisme collégial, sans doute parce qu'il s'agit d'un établissement public (et non d'une commission, voire d'un conseil, etc.) : CE 1er juill. 1988, *Secrétaire d'État aux Anciens combattants c/Dali*, *R.* 951.

être intervenue [1]. Son respect s'apprécie toujours à la date de l'enregistrement de la requête au tribunal [2].

Ainsi formés les recours font l'objet devant la juridiction d'une **procédure** dont les *caractères généraux* sont les suivants :

– Elle est **contradictoire** [3]. Ce sont les parties qui échangent leurs arguments — ce qui n'empêche pas que le juge puisse décider à partir d'un moyen d'ordre public qu'il relève lui-même [4].

– Elle est **écrite**. Tout doit figurer dans le dossier sous la forme de *pièces* : mémoires des parties, rapports, conclusions du commissaire du gouvernement, etc. Les plaidoiries elles-mêmes (observations orales) ne peuvent que développer le contenu des mémoires. De plus en plus, toutefois, avec le développement des *procédures d'urgence*, un **débat oral** est imposé par la loi.

– Elle est **inquisitoire :** *dirigée non par les parties mais par le juge.* Celui-ci prescrit la communication de la requête à qui de droit et ordonne les mesures d'instruction. Aussi la preuve des allégations d'un plaideur n'est-elle pas administrée par lui mais recherchée et établie par le juge [5]. La jurisprudence *Barel* en est l'illustration [6] : si le requérant apporte à l'appui de ses allégations un faisceau d'indices sérieux, le juge somme l'autorité en cause de s'expliquer ; après quoi, *le silence de l'Administration tient lieu d'aveu.* Cet arrêt a été confirmé et le caractère inquisitoire de la procédure étendu par les décisions *Vicat-Blanc* et *Maison Genestal* [7].

---

1. Calculée à partir de la réception de la demande, cette date est celle du jour d'expiration des deux mois restés sans réponse de l'Administration : si la demande parvient le 2 janvier, ce délai commence le 3 et se termine le 2 mars, jour donc où la décision sera réputée être intervenue (il ne s'agit pas alors d'un délai franc).

2. Le Conseil d'État a été amené à préciser que l'article 16 de la loi du 12 avril 2000 prévoyant que la date du cachet de la poste justifie le respect d'un délai imparti aux administrés effectuant une demande ne s'applique pas aux recours contentieux. Cet article ne régit pas non plus les conditions de délai dans lesquelles l'exercice d'un recours administratif a pour effet de conserver le délai de recours contentieux. V. CE 21 mars 2003, *Préfet de police c/Pan*, *AJDA* 2003.1345, concl. S. Austry. Pour quelques précisions supplémentaires concernant les délais, v. *infra*, p. 611.

3. O. Gohin, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 151, 1988.

4. V. dossier 13, p. 636.

5. En application de l'article 1315 du Code civil, le juge judiciaire, au contraire, est beaucoup plus passif : c'est au demandeur qu'il appartient de démontrer le fait juridique générateur de l'obligation dont il réclame l'exécution. Même s'il faut nuancer l'opposition, la procédure apparaît être alors accusatoire.

6. CE 28 mai 1954, *R.* 308, concl. M. Letourneur ; *GAJA* n° 72. Les requérants n'avaient pas été autorisés, par le secrétaire d'État à la Présidence du Conseil, à prendre part au concours ouvert pour l'admission à l'École nationale d'administration ; ils estimaient que c'était en raison de leurs opinions politiques (ils étaient communistes) ; alors même qu'ils avaient des difficultés à le prouver, le Conseil d'État a admis qu'ils se prévalaient de circonstances et faits constituant des « présomptions sérieuses » ; « en cet état de la procédure, ajoute l'arrêt, la section du contentieux chargée de l'instruction des requêtes, usant du *pouvoir qui appartient au Conseil d'État d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir la conviction du juge et de permettre la vérification des allégations des requérants* a, par délibération du 19 mars 1954, demandé au secrétaire d'État la production des dossiers constitués au sujet de la candidature de chacun des requérants » ; faute de réponse satisfaisante (les dossiers étaient vides), la décision contestée a été annulée : « le motif allégué par les auteurs des pourvois, conclut le Conseil d'État, doit être regardé comme établi ».

7. CE 21 déc. 1960, *Premier ministre c/Vicat-Blanc*, *R.* 1093 ; CE 26 janv. 1968, *Société « Maison Genestal »*, *R.* 62, concl. L. Bertrand ; il en ressort que les requérants n'ont même plus à apporter de

Ces principes généraux de la procédure administrative contentieuse constituent des garanties pour les requérants. Encore faut-il qu'il y ait une **juridiction impartiale.** Le *principe d'impartialité* des juges qui implique le respect d'exigences diverses dans la composition et le fonctionnement des tribunaux, s'est trouvé renforcé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6-1 de la Convention. Il a, plus généralement, d'importants effets sur l'ensemble du contentieux administratif [1].

II. Déroulement d'une affaire

Bien entendu, le scénario d'une affaire varie avec la juridiction saisie, avec les acteurs (le demandeur, le défendeur, les intervenants...), avec les branches du contentieux (pleine juridiction, annulation...). Pourtant, le schéma général se retrouve dans presque tous les cas, notamment devant les juridictions territoriales et le Conseil d'État.

1. L'**acte introductif d'instance** comporte l'exposé des faits, une copie de la décision attaquée, l'énoncé des conclusions du requérant ainsi que des moyens invoqués par lui. Cette requête doit être rédigée en langue française [2]. Sauf certaines exceptions (principa-

---

« présomptions sérieuses » et que l'Administration n'est pas seulement invitée à communiquer ses dossiers ; il lui faut s'expliquer, indiquer ses « raisons de fait et de droit » — Dans une affaire concernant la CNIL, le Conseil d'État a précisé que dans l'hypothèse où celle-ci estimerait que certaines informations sont couvertes par un *secret*, « il lui appartiendrait néanmoins de verser au dossier de l'instruction écrite contradictoire tous éléments d'information appropriés sur la nature des pièces écartées et les raisons de leur exclusion, de façon à permettre au Conseil d'État de se prononcer en connaissance de cause sans porter, directement ou indirectement, atteinte » au secret (CE 6 nov.2002, *Moon Sun Myung, AJDA* 2002.1337, chron. F. Donnat et D. Casas).V. T. Einaudi, *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 226, 2002 (sujet qui conduit à une réflexion plus générale sur le « caractère inquisitorial de la procédure »).

1. V. *infra,* p. 125 ; et p. 80, sur le cas particulier des juridictions financières.

2. CE 22 nov. 1985, *Quillevère*, *AJDA* 1985.751, chron. S. Hubac et M. Azibert. L'arrêt déclare irrecevable une requête rédigée en breton. Il ne précise pas l'origine de la règle, mais il mentionne dans ses visas l'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539 (ordonnance qui toutefois n'envisage pas expressément le cas des requêtes) : « [...] nous voulons dorénavant que tous arrêts, ensemble toutes autres procédures, soit de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soit de registres, enquêtes, contrats, commissions, sentences, testaments et autres quelconques actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties en langage maternel français et non autrement ». Jamais abrogé, ce texte témoigne de l'importance de la **langue**. Aujourd'hui encore elle reste, pour l'État, un enjeu essentiel. S'il n'a plus, comme au XVe siècle, à imposer l'usage du français pour remplacer le latin, il paraît ainsi tout particulièrement préoccupé d'en assurer une certaine protection :
– le constituant a estimé utile de préciser à l'article 2 de la Constitution que « la langue de la République est le français » (loi constitutionnelle no 92-557 du 25 juin 1992) ;
– le législateur, pour ce qui est de son usage, a notamment prescrit des obligations particulières aux personnes morales de droit public et aux personnes privées chargées d'une mission de service public (loi du 4 août 1994 ; CC 29 juill. 1994, *AJDA* 1994.731, note P. Wachsmann ; circulaires du Premier ministre du 19 mars 1996 et du 14 février 2003) (*JO* 20 mars 1996 et *JO* 21 mars 2003) ;
– quant au Conseil constitutionnel, il a décidé que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires adoptée en 1992 par le Conseil de l'Europe comporte des clauses contraires à la Constitution (CC 15 juin 1999, *AJDA* 1999.573, chron. J.-É. Schoettl), mais il a admis que des dispositions législatives concernant l'enseignement de la langue corse sont constitutionnelles dès lors que cet enseignement conserve un caractère facultatif : CC 17 janv. 2002, loi relative à la Corse (*JO* 17 janv. 2002) ; *AJDA* 2002.100, comm. J.-É. Schoettl) ;
– de son côté, le Conseil d'État a eu l'occasion de sanctionner l'intégration au service public de l'enseignement d'écoles dont la langue principale est le breton (CE 29 nov. 2002, *SNES*, *AJDA* 2002.1512, note A. Viola), mais il a rejeté un recours contestant l'emploi du terme « master » (CE 11 juin 2003, *Association Avenir de la langue française*, *AJDA* 2003.1672, note C. Durand-Prinborgne).

lement en matière de recours par excès de pouvoir) elle est présentée par le ministère d'un avocat [1].

2. L'**instruction** s'engage alors. Elle est conduite par le **rapporteur** qui propose toutes les mesures utiles pour mettre le dossier au clair. Si l'Administration est défenderesse, elle présente ses *observations* sur le pourvoi étant entendu que le requérant peut répliquer. Les parties adressent à la juridiction saisie des *mémoires*, soit à leur initiative, soit également à la demande du juge. Au terme de ce débat qui dure parfois plusieurs mois, voire plusieurs années, le rapporteur rédige son **rapport** qui est un document de travail intérieur et qui analyse toutes les *données de l'affaire* qu'il s'agisse des faits ou du droit ; en outre, il prépare les *visas* de la décision de justice, ce qui le conduit à faire une rigoureuse synthèse de l'argumentation des parties et à répertorier tous les textes législatifs ou réglementaires applicables en l'espèce. Au Conseil d'État, l'instruction est confiée à l'une des sous-sections de la section du contentieux.

3. À la clôture de l'instruction, l'affaire est en état d'être jugée. La procédure du jugement comprend deux phases : l'audience, puis le délibéré.

– À l'**audience**, le rapporteur lit son rapport et les avocats peuvent intervenir (sans ajouter d'éléments nouveaux) avant que ne le fasse le **commissaire du gouvernement**. Le rôle de ce dernier est essentiel. Soit conseiller d'un tribunal administratif ou d'une cour administrative d'appel, soit maître des requêtes au Conseil d'État [2], il s'exprime en toute indépendance, contrairement à ce que pourrait donner à penser son titre [3]. Il « expose son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent », dans des **conclusions** [4]. Ce sont souvent de très remarquables analyses qui, parfois, dégagent les orientations nouvelles de la jurisprudence : sans remonter au XIXe siècle, des juristes comme Romieu, qui devait faire toute sa carrière au Conseil d'État [5],

---

1. Devant le Conseil d'État (comme pour la Cour de cassation et le Tribunal des conflits) il doit s'agir d'un « avocat au Conseil ». V. P. Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2001. Le décret du 24 juin 2003 (cité *supra,* p. 46) tend à généraliser l'obligation de recourir à l'assistance d'un avocat en appel — Il ne laisse subsister que trois exceptions.
2. Il peut s'agir aussi d'un auditeur et, très exceptionnellement, d'un conseiller d'État. V. O. Dupeyroux, « Le ministère public auprès des juridictions administratives », *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre,* Sirey, 1956, p. 179.
3. Toutefois il faut savoir que le titre de « commissaire du gouvernement » désigne par ailleurs effectivement des représentants de l'Administration. Tel est le cas des fonctionnaires qui représentent le gouvernement lors de l'examen des projets de textes par les formations administratives du Conseil d'État (donc dans sa fonction consultative). Tel est aussi le cas des représentants de l'État dans divers organismes, notamment des établissements publics.
4. CJA, art. L. 7 ; inspiré de CE 10 juill. 1957, *Gervaise*, *R.* 466 : « le commissaire du gouvernement n'est pas le représentant de l'Administration, mais il a pour mission d'exposer au Conseil les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître en toute indépendance ses conclusions, son appréciation qui doit être impartiale ». V. B. Genevois, « Le commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État statuant au contentieux ou la stratégie de la persuasion », *RFDA* 2000.1207.
5. J. Romieu (1858-1953). Polytechnicien, il entre au Conseil d'État en 1881. Il préside la section du contentieux de 1918 à 1933. Ses conclusions (souvent publiées dans les recueils de jurisprudence) « demeurent un véritable modèle » (T. Bouffandeau, *Le Conseil d'État,* CNRS, 1974, p. 779).

ou Léon Blum dont les activités furent au contraire très diverses [1], ont ainsi laissé une œuvre importante [2].

Dans un arrêt *Esclatine* de 1998 [3], le Conseil d'État a précisé que les conclusions n'ont pas à être communiquées aux parties : le commissaire du gouvernement participe à la fonction de juger et l'exercice de celle-ci n'est pas soumis au principe du contradictoire. Il faut ajouter que le commissaire du gouvernement assiste au délibéré mais ne vote pas. Cela n'a pas empêché la Cour européenne des droits de l'homme, dans un **arrêt *Kress* de 2001** [4], de considérer, en se fondant sur la théorie des apparences, que cette participation au délibéré viole l'article 6-1 de la Convention. En revanche, tout en soumettant l'intervention du commissaire du gouvernement au principe du contradictoire (à la différence de la jurisprudence *Esclatine*), la Cour juge que l'absence de communication des conclusions ne porte pas atteinte à ce principe dès lors que les avocats, avant l'audience, peuvent demander le sens général de ces conclusions et que les parties peuvent répliquer par une « note en délibéré » [5]. Quelles conséquences tirer de l'ensemble ? Si l'on en croit les *GAJA,* finalement, rien ou presque n'était appelé à changer : notamment parce que l'arrêt *Kress* a « été interprété comme *prohibant la participation* du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement et *non l'assistance* à celui-ci ». Le calme avant la tempête ? Alors même que la CEDH avait confirmé quelques mois plus tôt que l'assistance au délibéré du commissaire du gouvernement viole l'article 6-1 de la Convention, le **décret du 19 décembre 2005** a maintenu expressément la position contraire [6]. Ce qui a conduit la CEDH a confirmer encore que l'arrêt *Kress* use des termes, participation, présence ou assistance « comme synonymes, et qu'il condamne la seule présence du commissaire du gouvernement au délibéré, que celle-ci soit « active » ou « passive » » [7]. Un nouveau **décret du 1er août 2006** [8] en tire les conséquences en distinguant le cas des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel (délibéré « hors la présence » du commissaire du gouvernement) de celui du Conseil d'État (il y « assiste », « sauf demande contraire d'une partie »).

---

1. L. Blum (1872-1950). Normalien, il devient auditeur en 1896. Écrivain, homme politique, il fut aussi un célèbre commissaire du gouvernement qui, sans négliger aucunement les données les plus techniques d'une affaire, savait situer les solutions qu'il proposait dans une véritable doctrine de l'État moderne.
2. V. D. Labetoulle, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 333 ; M. Deguergue, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Droits*, n° 20, 1994.125.
3. CE 29 juill. 1998, *Esclatine*, *D.* 1999, concl. D. Chauvaux, *AJDA* 1999.69, note F. Rolin (et aussi D. Chabanol « Le contradictoire et le commissaire du gouvernement », *RFDA* 2001.327).
4. CEDH 7 juin 2001, *Kress c/France*, *GAJA* n° 112 ; *AJDA* 2001.675, et 677, note F. Rolin ; B. Genevois, « Réconfortant et déconcertant », J.-L. Autin et F. Sudre, « Juridiquement fragile, stratégiquement correct », *RFDA* 2001.991 et 1000 ; X. Prétot « Le commissaire du gouvernement et le droit au procès : dernier sursis avant exécution ? », *RDP* 2001.983 ; D. Chabanol « Théorie de l'apparence ou apparence de la théorie », *AJDA* 2002.9.
5. V., précisant le statut de cette note, CE 12 juill. 2002, *M. et Mme Leniau*, *RFDA* 2003.307, concl. Piveteau ; *AJDA* 2003.2243, comm. E. Gherardi.
6. *JO* 20 déc. 2005 ; CJA, nouv. art. R. 731-7 : « Le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part » (comm. P.-O. Caille, *JCP A* 2006.1082).
7. CEDH 12 avr. 2006, *Martinie c/France*, *AJDA* 2006.986, note F. Rolin. Suite à cet arrêt, v. « Questions à... » B. Genevois, président de la Section du contentieux du Conseil d'État : « Conserver l'apport du commissaire du gouvernement tout en prenant en compte la jurisprudence européenne », *AJDA* 2006.900 ; v. Pour approfondir, *infra*, p. 84.
8. *JO* 3 août 2006 ; CJA, art. R.732-2 et R. 733-3.

L'article L. 6, du titre préliminaire du Code de justice administrative, précise que « les débats ont lieu en *audience publique* ». Un problème s'est longtemps posé pour les juridictions spécialisées, le Conseil d'État considérant qu'en l'absence de texte la publicité des audiences n'est pas exigée. Toutefois, la situation a évolué sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme disposant que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement [1].

– Après l'audience, a lieu le **délibéré** qui est secret et lors duquel les juges adoptent la solution de l'affaire. Le jugement est rédigé en une seule phrase (du début à la fin, dans un souci de cohérence du raisonnement). Il comprend : les *visas* (« vu la requête, vu tel texte... ») ; les *motifs* (« considérant que... ») ; le *dispositif* (« Décide, art. 1, art. 2... », annulation ou rejet de la requête) ; et diverses mesures éventuellement ajoutées (injonction, astreinte, charge des dépens, condamnation d'une partie à rembourser les frais non compris dans les dépens — improprement dits « irrépétibles » [2]. Enfin s'ajoute la *formule exécutoire* : « La République mande et ordonne... » à tous ceux qui en ont le pouvoir d'assurer l'exécution.

La **décision** (« jugement » pour les tribunaux administratifs, « arrêt » pour les cours administratives d'appel et le Conseil d'État) est lue en séance publique. Depuis 1974, mention est faite au *Journal officiel* des annulations d'actes réglementaires qui avaient été eux-mêmes publiés au *Journal officiel*.

4. En principe, la décision émane d'une **formation de jugement** collégiale. De plus en plus souvent, toutefois, c'est un **juge unique** — Président ou membre de la juridiction — qui statue par voie d'ordonnance. Tel peut être le cas quand la solution finale de l'affaire apparaît certaine (pour donner acte des désistements, constater qu'il n'y a pas lieu à statuer sur une requête, rejeter les conclusions entachées d'une irrecevabilité manifeste et insusceptibles d'être couvertes en cours d'instance). À ces possibilités qu'elle tend à développer, la **loi du 8 février 1995** ajoute une liste de litiges sur lesquels le Président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne « statue en audience publique et après audition du commissaire du gouvernement » [3]. Même s'il reste possible de renvoyer l'affaire à la « formation de jugement », se trouve ainsi largement atteint, au nom de la rapidité et de l'efficacité, le principe de collégialité, ce qui n'est pas sans susciter quelques craintes.

---

1. La publicité des audiences a été établie (avec des nuances) par des textes, en 1993 pour les juridictions ordinales dans le domaine médical, et en 1996 pour les juridictions financières. Quant à la position du Conseil d'État, elle a évolué avec l'arrêt du 14 février 1996, *Maubleu* (*RFDA* 1996.1186). Si celui-ci n'énonce toujours pas un principe général et renvoie donc à des solutions au cas par cas, rares sont très certainement les hypothèses dans lesquelles aujourd'hui n'est pas prescrite une audience publique.
2. Sur la question des dépens et des « frais irrépétibles » (CJA, art. L. 761-1) : G. Guglielmi et G. Salon, « La notion de partie perdante en contentieux administratif français », *Études en l'honneur de Georges Dupuis,* LGDJ, 1997, p. 139 ; V. Haim, « Les frais irrépétibles devant le juge administratif », *AJDA* 1997.487. Le juge peut aussi condamner le requérant au paiement d'une « amende pour recours abusif » (CJA, art. L. 741-12).
3. CJA**,** art. R. 222-13. Cela va des litiges relatifs aux déclarations de travaux exemptés de permis de construire à ceux relatifs aux contraventions de grande voirie, en passant par ceux concernant la redevance audiovisuelle. « Cette énumération à la Prévert manque assurément de fil directeur, si ce n'est l'idée que l'on n'ose exprimer que ces contentieux sont de peu d'importance et ne méritent donc pas les soins d'une formation collégiale » (D. Chabanol, « Un printemps procédural pour la juridiction administrative ? », *AJDA* 1995.388). Et la liste n'est pas close : déjà complétée ces dernières années, elle pourrait l'être encore à l'avenir.

5. Divers *incidents* peuvent compliquer le déroulement d'un procès, en particulier parce que l'*offensive processuelle* revêt deux modalités. Si la **voie d'action** s'exprime par la saisine directe d'un juge, en revanche, la **voie d'exception** greffe, sur un litige principal, une contestation incidente. Une question se pose et deux hypothèses sont envisageables : ou bien le juge du principal est compétent pour y répondre, ou bien il doit prononcer un sursis à statuer et un renvoi à une autre juridiction. Dans le premier cas, il s'agit d'une **question préalable,** dans le second, d'une **question préjudicielle** [1].

En plus des parties, d'autres personnes peuvent souhaiter appuyer ou combattre un pourvoi : elles le font par une **intervention** formée par une requête distincte.

6. Enfin, la sentence ayant été prononcée, le procès peut néanmoins rebondir si l'une des parties utilise des **voies de recours** permettant de remettre en cause la décision de justice. En droit administratif, ces voies de recours sont principalement :

– l'*appel* dirigé contre un jugement d'un tribunal administratif devant une cour administrative d'appel ou le Conseil d'État ;

– le *recours en cassation,* tendant à faire casser par le Conseil d'État une décision qui émane d'une « juridiction spécialisée » ou un arrêt d'une cour administrative d'appel [2].

III. Les procédures d'urgence

La **loi du 30 juin 2000** *relative au référé devant les juridictions administratives* a réalisé une profonde et nécessaire réforme dans le domaine des procédures dites d'urgence.

Le traitement de l'urgence par le juge administratif présentait de nombreuses insuffisances. Certes, depuis longtemps existaient des procédures permettant aux requérants d'obtenir du juge, en principe rapidement, des mesures provisoires dans l'attente du jugement sur la requête principale. La procédure la plus importante était celle du *sursis à exécution* (le juge pouvait ordonner de ne pas exécuter une décision administrative contestée jusqu'au jugement au fond de l'affaire). Le principe de l'effet non suspensif des recours trouvait ici un correctif destiné à en atténuer les effets parfois fort préjudiciables en raison de la lenteur de la justice. Toutefois, les conditions de mise en œuvre de cette procédure étaient restrictives, et, en dépit de quelques améliorations apportées, l'idée d'urgence ne se traduisait pas toujours par une rapidité effective de la procédure. Par ailleurs d'autres procédures s'étaient peu à peu multipliées, tels les référés « instruction », « provision » et « conservatoire », le constat d'urgence, ainsi que divers référés spécialisés dans des domaines particuliers. Mais leur accumulation n'allait pas sans complexité, et leur efficacité restait assez relative. Le législateur a donc entrepris une réforme générale du système : la loi du 30 juin 2000 opère une transformation du référé en regroupant sous ce titre l'ensemble des procédures permettant d'obtenir d'un juge des référés des mesures rapides. Ce qui caractérise cette loi est moins une véritable simplification de l'état du droit

---

1. V. dossier 14, p. 664, le cas des questions posées devant le juge judiciaire à propos d'actes administratifs.

2. V. dossier 13, p. 608. Ces recours en appel et en cassation n'ont pas d'effet suspensif mais peuvent toujours être assortis d'une demande de *« sursis à l'exécution »* (CJA, art. R. 811-14 et s.) ; la réforme des procédures d'urgence ne concerne pas le sursis à l'exécution des décisions juridictionnelles. Il faut ajouter, à ces deux voies de recours principales, **l'opposition**, la **tierce opposition**, le **recours en rectification d'erreur matérielle** que définit et régit le Code de justice administrative dans sa partie réglementaire.

qu'un net renforcement de l'efficacité du juge pour régler des situations d'urgence, et cela par des réaménagements de procédures existantes et surtout des innovations [1].

Le **juge des référés** statue toujours par ordonnances sur des *mesures provisoires* (il n'est pas juge du principal) [2]. Il est un *juge unique* (président de juridiction ou magistrat qu'il désigne). Toutes les procédures supposent une célérité contentieuse : le juge des référés doit se prononcer « dans les meilleurs délais », et dans certains cas des délais très réduits sont prescrits. Au delà de ces traits généraux, la structure du Livre V du code montre la pluralité des procédures qui obéissent à des régimes distincts.

1. Une première catégorie de référés est celle des *référés d'urgence* : les requêtes sont ici soumises à la condition expresse de l'urgence. Les innovations majeures de la loi concernent précisément deux de ces référés. En premier lieu, le « **référé-suspension** » (article L. 521-1) : le juge peut ordonner que l'exécution d'une décision soit temporairement suspendue. Ce référé *remplace la procédure du sursis à exécution*, avec une modification des conditions dans le but de faciliter l'obtention d'une suspension. Ensuite le « **référé-liberté** » (art. L. 521-2) est une nouveauté totale et remarquable. Il permet, dans certaines conditions précises, d'obtenir du juge « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » [3]. Le troisième référé d'urgence est le « **référé-conservatoire** », également appelé « référé autres mesures utiles » (art. L.521-3), déjà existant mais dont la loi assouplit le régime [4].

Dans ces référés d'urgence, le juge « statue au terme d'une *procédure contradictoire écrite ou orale* » (article L. 522-1). C'est là aussi une innovation dans la procédure contentieuse, le principe classique étant qu'elle est écrite. De plus, dans les référés « suspension » et « liberté », il y a nécessairement une audience publique mais *absence d'un commissaire du gouvernement* (sauf dans le cas de renvoi à une formation collégiale).

2. La deuxième catégorie de procédures est celle dite des « *référés ordinaires* » exemptés de la condition d'urgence. La loi ne réaménage que partiellement ces procédures existantes ; le « **référé-constat** » (pour faire constater des faits utiles à la preuve), le « **référé-instruction** » ou **« référé-expertise »** (demande d'expertises), et le « **référé-provision** » (demande par une partie de provisions sur une créance).

3. Enfin s'ajoutent à ces divers référés des procédures particulières qui existaient également avant la loi du 30 juin 2000. Il s'agit, d'une part, de référés propres à certains domaines, notamment le « **référé-précontractuel** » et le référé en matière fiscale, et, d'autre part, de régimes spéciaux dont le plus important est celui de la **suspension sur**

---

1. R. Vandermeeren, *AJDA* 2000.706, chron. de législation ; dossiers *RFDA* 2000.941, *RFDA* 2002.245, *AJDA* 2003.642 ; P. Wachsmann (dir.), *Le nouveau juge administratif des référés*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 2002 ; P. Cassia, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, « Systèmes », 2003.
2. Si ses décisions n'ont pas l'autorité de chose jugée, elles sont néanmoins exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires (CE 5 nov. 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages, AJDA* 2003.2253).
3. V. *infra*, p. 492 et 495, l'analyse du référé-suspension et du référé-liberté.
4. Il permet au juge des référés d'ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. C'est ainsi qu'il peut profiter à l'Administration, laquelle, par exemple, peut demander que soit ordonnée une mesure d'expulsion d'un occupant sans titre du domaine public (P. Yolka, « Expulsion du domaine public et juge administratif des référés (état de la question) », *JCP A* 2004. 1043).

déféré préfectoral, concernant les actes des collectivités territoriales (avec plusieurs procédures distinctes) [1].

La grande diversité de ces procédures se reflète aussi dans le régime, complexe, des **voies de recours**. Tantôt *l'appel* est possible : soit devant une Cour administrative d'appel (cas des trois référés ordinaires et de deux procédures de suspension sur déféré préfectoral) ; soit devant le Conseil d'État (référé-liberté et suspension sur déféré préfectoral en matière de liberté publique). Tantôt les ordonnances du juge des référés sont *rendues en dernier ressort*, en conséquence seul un recours en cassation devant le Conseil d'État est possible (tel est le cas des référés « suspension » et « conservatoire » et du référé-précontractuel).

Section 3
L'efficacité du contrôle juridictionnel de l'Administration

L'organisation et le fonctionnement des juridictions administratives posent des problèmes quant à leurs **relations avec les justiciables** (§ 1) et à l'**exécution de leurs décisions** (§ 2). Si ces problèmes appellent des solutions particulières, ils pourraient être aussi atténués par la **prévention du contentieux** (§ 3).

§ 1. Les relations des juridictions administratives avec leurs justiciables

La justice administrative n'est sûrement pas plus coûteuse que la justice civile ; les requérants peuvent bénéficier de l'*aide juridictionnelle* [2] et ils sont dispensés du ministère d'avocat, lorsqu'ils intentent un recours pour excès de pouvoir.

Sans doute est-elle, en revanche, plus lointaine : le tribunal administratif n'est que régional, alors que les tribunaux d'instance ou de grande instance exercent leur attribution dans des circonscriptions bien plus réduites du type de l'arrondissement. Sans doute aussi, en dépit des efforts accomplis pour la rendre plus accessible et transparente [3], demeure-t-elle mystérieuse pour certaines catégories sociales qui, la connaissant peu ou mal, ne la saisissent guère. Indépendamment de ces difficultés d'accès, lorsqu'il y a recours — ce qui est malgré tout de plus en plus fréquent [4] — l'efficacité de celui-ci dépend d'abord de la manière dont se déroule l'instance et notamment de la **rapidité de la procédure**. Traditionnellement, c'est un point névralgique. Il y a encombrement du prétoire et, par conséquent, lenteur de la justice. Au discrédit susceptible d'en résulter, s'ajoute aujourd'hui la possible mise en cause de l'État devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, elle a condamné, en 1989, pour la première fois, l'État français à indemniser un requérant ayant attendu plus de sept ans pour que son recours soit

---

1. V. *infra*, p. 443 (référé-précontratuel) et p. 494 (suspension sur déféré préfectoral).
2. L'aide juridictionnelle est organisée par la loi du 10 juillet 1991 (telle que modifiée par la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits) au bénéfice des personnes dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits ; à défaut (CJA, art. L. 761-1), l'on peut demander à la juridiction saisie de condamner l'autre partie à rembourser tout ou partie de ses dépenses, y compris les honoraires d'avocat.
3. V. chaque année, le *Rapport public du Conseil d'État,* La Documentation française, coll. « EDCE ».
4. V. *supra*, p. 40.

définitivement tranché par le juge administratif [1]. Avait été méconnu l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] et dans un délai raisonnable [...] » [2].

Il existe *deux types de remèdes.* D'abord, d'une manière générale, la *réforme de l'organisation et du fonctionnement* des juridictions administratives. Toute leur histoire, ces dernières décennies, est ponctuée par les dates de textes ayant cet objectif (1953, 1987, 1995). Ensuite, plus précisément, l'autre remède est le *développement des procédures d'urgence***.** Quelles que soient les réformes, il y aura toujours des délais parce que c'est le propre d'une juridiction de respecter des procédures. C'est à certains égards d'autant plus gênant, en matière administrative, qu'en principe le recours n'a pas d'effet suspensif. La décision administrative qui est contestée demeure en vigueur tant qu'elle n'a pas été annulée et les autorités administratives peuvent en poursuivre l'exécution. D'où l'importance de la réforme apportée par la loi du 30 juin 2000 renforçant les procédures d'urgence [3].

L'efficacité dépend encore du **contrôle qu'exerce le juge** : est-il très approfondi ? Ou reste-t-il superficiel ? C'est là sans doute où, malgré certaines limites, la situation apparaît la plus satisfaisante [4]. Une prudence peut-être parfois excessive, n'a pas empêché les juridictions administratives de faire preuve de suffisamment d'audace pour se construire une solide image libérale de défenseur de l'individu face à la puissance publique. Le champ du contrôle et son amplitude ont connu un développement considérable au cours du XXe siècle [5]. Reste qu'il ne suffit pas d'un contrôle réputé approfondi. Encore faut-il qu'il y ait **exécution des arrêts et jugements**.

§ 2. L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE [6]

L'Administration respecte généralement les arrêts et jugements rendus contre elle. Malgré tout, d'année en année, le rapport du Conseil d'État n'a jamais cessé de dénoncer

---

1. CEDH 24 oct. 1989, *H. c/France*, *Administration,* 1990, n° 147, p. 120, obs. J.-M. Lemoyne de Forges ; *RFDA* 1990.203, comm. O. Dugrip et Fr. Sudre. De même, dans un arrêt du 21 février 1997 la Cour a condamné l'État français en raison de la lenteur d'une procédure dans un contentieux de l'expropriation (retards consécutifs ici au dualisme juridictionnel) : v. *AJDA* 1997.399, note R. Hostiou (V. aussi, *infra,* p. 125, sur l'influence de la CEDH sur le contentieux administratif). Et, sur la lenteur de la justice, lire J. Georgel, « Le juge et la montre », *Études en l'honneur de Georges Dupuis,* LGDJ, 1997, p. 115.
2. En est résulté une jurisprudence du Conseil d'État admettant d'engager la responsabilité de l'État pour faute simple en cas de dommage causé par la durée anormale d'une procédure (CE 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/Magiera*, cité *infra*, p. 576). Et le décret du 19 décembre 2005 a instauré un système de prévention des dysfonctionnements (CJA, art. R. 112-2 et R. 112-3), permettant au chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives de faire toutes recommandations susceptibles de remédier aux difficultés rencontrées.
3. V., *supra,* p. 59 et le dossier 10, p. 492.
4. V**.** le recours pour excès de pouvoir, dossier 13.
5. L'histoire du contrôle a été celle d'un progrès constant. On en a parlé longtemps, dans les facultés de droit, avec une certaine « dévotion contentieuse », répétant que le monde entier nous l'envie. Qu'en est-il aujourd'hui, alors qu'est souvent adopté un point de vue plus critique et réservé ? V. par exemple, sur cette question : Y. Poirmeur et E. Fayet, « La doctrine administrative et le juge administratif. La crise d'un modèle de production du droit », *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993, p. 97.
6. J.-P. Costa : « L'exécution des décisions de justice », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif*, p. 227, « l'exécution des décisions juridictionnelles », dans *IIe centenaire du Conseil d'État*, PUF-RA, 2001, t. 1, p. 213 ; Chr. Guettier, « L'administration et l'exécution des décisions de justice », *AJDA* 20 juill. 1999, n° spécial *Puissance ou impuissance publique ?*, p. 66.

certains refus catégoriques d'exécution ou, plus souvent, une inertie des services concernés aboutissant au même résultat. D'autres fois, interviennent des mesures nouvelles qui n'ont d'autre objectif que de faire échec à la chose jugée.

L'autorité administrative qui ainsi ne respecte pas la chose jugée commet une irrégularité assimilée à la violation de la loi. Lorsqu'elle cherche à échapper aux conséquences d'une décision de justice, les actes qu'elle accomplit en visant un tel but sont entachés de détournement de pouvoir. Sauf dans certains cas relativement exceptionnels où l'inexécution peut se justifier et donner lieu à une loi de validation (A), c'est intolérable et il a fallu essayer de trouver des moyens pour briser toute mauvaise volonté (B).

A. Les validations législatives

L'annulation d'un acte par le juge est souvent source de nombreuses difficultés pour l'Administration. Or le procédé de la validation législative permet au gouvernement de faire intervenir le législateur afin de neutraliser les effets d'une annulation ou d'éviter celle-ci. Toutefois, pour justifiée et opportune qu'elle soit, dans certains cas, cette pratique n'en constitue pas moins une intervention du Parlement dans le cours normal de la justice et porte atteinte à la séparation des pouvoirs. Il n'est donc pas surprenant qu'elle ait fait l'objet de critiques et d'un encadrement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. De plus, les lois de validation doivent être compatibles avec la convention européenne des droits de l'homme.

– Quant à *l'objet d'une validation*, une donnée de principe ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 1980 [1]. En proclamant l'indépendance de la juridiction administrative, le Conseil n'a pas récusé le procédé de la validation, mais il a précisé « qu'il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ». Il en résulte une interdiction : le *législateur ne peut jamais valider un acte annulé*. Cela étant, les lois de validation, qui ont un effet rétroactif et peuvent concerner des actes unilatéraux (réglementaires ou individuels) ou des contrats, recouvrent **deux cas de figure**.

Dans le premier cas il s'agit de *valider des actes pris sur le fondement d'un acte annulé* et qui, de ce fait, sont privés de base juridique. En leur redonnant une base légale, la validation neutralise les effets de l'annulation. Par exemple, en cas d'annulation de la délibération d'un jury de concours, la validation rétroactive des nominations effectuées à la suite du concours permet de remédier aux conséquences graves de l'annulation (parfois prononcée plusieurs années après le recrutement des fonctionnaires). L'utilité réelle d'une validation de ce type peut néanmoins apparaître, dans certains cas, moins pertinente, et avoir seulement pour but d'empêcher une multiplication de recours. Le second cas de figure est celui d'une *validation préventive*. Elle a pour but d'éviter une annulation par le juge en modifiant rétroactivement un acte irrégulier. Ainsi le gouvernement utilise le

---

1. Décision citée p. 40, note 4.

pouvoir du législateur pour assurer une immunité juridictionnelle à l'acte, ce qui peut paraître contestable au regard des droits des justiciables.

D'une façon générale les validations législatives portent atteinte à l'exercice de la fonction juridictionnelle, et particulièrement lorsqu'elles interviennent alors qu'une instance devant le juge est en cours. D'où l'importance des conditions posées à la réalisation de ces opérations.

– Après avoir fait preuve de souplesse, le **Conseil constitutionnel** a renforcé les exigences. Une validation doit *respecter l'autorité de chose jugée* (elle ne peut faire obstacle à l'exécution de décisions ayant force de chose jugée). Elle ne peut méconnaître le *principe de non-rétroactivité des mesures répressives plus sévères*. Elle doit être justifiée par un *intérêt général suffisant* (le seul intérêt financier ne suffit pas), ou répondre à des exigences constitutionnelles. Enfin le législateur doit fixer avec précision non seulement les actes validés mais aussi *la portée exacte de la validation* (c'est à dire l'irrégularité couverte pas celle-ci). En effet la validation ne doit pas faire obstacle à une annulation éventuelle de l'acte fondée sur d'autres motifs que celui visé par le législateur. En énonçant pour la première fois cette condition dans une décision du 21 décembre 1999 [1], le Conseil constitutionnel fait référence non seulement au principe de la séparation des pouvoirs, mais aussi au droit à un recours juridictionnel effectif fondé sur l'article 16 de la Déclaration de 1789.

– Cette préservation du droit au recours en matière de validation législative est d'autant plus à souligner qu'elle a été exprimée peu de temps après une jurisprudence essentielle de la **Cour européenne des droits de l'homme**. Dans un arrêt de 28 octobre 1999, *Zielinski et autres c/France* [2], la Cour a admis la violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme par une loi de validation qui avait pourtant été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Elle a jugé que cette validation, intervenue alors que des procédures étaient en cours devant le juge, privait les requérants, sans raisons suffisantes, du droit au procès équitable. La Cour affirme que « la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige ». En dépit de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui révèle un rapprochement avec les exigences de la Convention européenne, la jurisprudence de la Cour soulève le problème général de l'absence de contrôle de la conventionnalité des lois par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité [3]. En revanche, il faut souligner que le Conseil d'État (comme la Cour de cassation) admet de contrôler la compatibilité des lois de validation avec la Convention, ce qui peut le conduire à écarter l'application de telles lois [4].

---

1. CC 21 déc. 1999 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2000) *RFDA* 2000.302 ; et *ibidem* 303 ; CC 29 déc. 1999 (loi de finances rectificative pour 1999).
2. *RFDA* 2000.299, et 289, analyse B. Mathieu ; X. Prétot, « Les validations législatives et le droit au procès équitable », *RDP* 2001.23 ; S. Bolle « L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution », *RFDA* 2000.1254.
3. V. dossier 3, p. 115.
4. V. l'avis contentieux CE 27 mai 2005, *M. Provin* (*RFDA* 2005.1003, concl. C. Devys ; *AJDA* 2005.1455, chron. C. Landais et F. Lenica), concernant les dispositions de la loi de finances rectificative pour 2004 rendant applicable de manière rétroactive le nouveau régime de jouissance immédiate de leur

B. Les réformes faites en vue de pourvoir à l'exécution

En 1963, un décret a créé au Conseil d'État la commission du rapport et des études, devenue la **Section du rapport et des études** [1]. Entre autres attributions, cette section administrative est chargée de régler les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution des décisions du juge administratif. Elle intervient à l'initiative soit du ministre intéressé, soit des requérants qui, à l'expiration d'un délai de trois mois, n'ont pas obtenu l'exécution d'une décision de justice accordant satisfaction totale ou partielle à leur demande. Des éclaircissements sont donnés à l'Administration et ils ne sont pas très éloignés d'un rappel à l'ordre ; de plus, mention de l'affaire peut être portée au rapport annuel.

En 1976, la loi a permis au **Médiateur de la République,** en cas d'inexécution d'une décision de justice, d'enjoindre à l'organisme mis en cause de s'y conformer dans un délai qu'il fixe. C'est encore d'un rappel à l'ordre qu'il s'agit. Si l'« injonction » n'est pas suivie d'effet, le Médiateur rédige un rapport spécial qui est publié.

En 1980, une loi [2] a mis en place un dispositif beaucoup plus énergique qui comprend deux volets. Pour les *condamnations pécuniaires,* la procédure est définie de façon très précise. Lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'État au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice. À défaut, le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier, procéder au paiement. Quand le débiteur est une collectivité décentralisée ou un établissement public, le représentant de l'État dans le département ou l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office. Si nécessaire, doivent être dégagées ou créées les ressources permettant la pleine exécution [3]. En cas de manquement à ces règles, la Cour de discipline budgétaire et financière peut intervenir à l'initiative du créancier (qui s'adresse au ministère public auprès de cette cour). À propos des *autres condamnations,* en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le **Conseil d'État** (mais lui seul) peut, même d'office, prononcer une **astreinte** [4] contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public, pour assurer l'exécution de cette décision.

---

pension de retraite aux fonctionnaires masculins parents de trois enfants ayant présenté des demandes ou introduit des actions contentieuses avant l'entrée en vigueur de ce régime : il considère qu'il y a eu méconnaissance tout à la fois de l'article 6-1 de la Convention et de l'article 1er du Protocole additionnel.

1. Décret du 24 juillet 1985 portant création de la section du rapport et des études du Conseil d'État. V. article R. 123-5 du CJA ; et sur l'intervention de la section pour l'exécution des décisions : articles R. 931.1 et 2. V. aussi *infra,* p. 196.

2. Loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, modifiée par la loi du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social, (extension aux organismes privés chargés de la gestion d'un service public) et par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (réduction à deux mois du délai d'abord fixé à quatre mois pour l'exécution des condamnations pécuniaires).

3. CE 18 nov. 2005, *Sté fermière de Campoloro*, *AJDA* 2006.137, chron. C. Landais et F. Lenica : au nombre des mesures que peut prendre le préfet, « figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge » (affaire dans laquelle un village de quelques centaines d'habitants avait été condamné à payer plus de 4,5 millions d'euros).

4. Condamnation à payer une certaine somme d'argent par jour de retard dans l'exécution d'une obligation.

L'astreinte est provisoire ou définitive et elle est indépendante des dommages et intérêts [1]. De plus, toute personne physique dont les agissements ont entraîné la condamnation d'une personne morale publique à une astreinte est passible d'une amende pénale.

Les améliorations apportées par cette loi de 1980 se sont avérées insuffisantes pour assurer efficacement l'exécution des décisions de justice par l'Administration. Une nouvelle intervention du législateur a eu pour objet de renforcer les pouvoirs du juge.

La **loi du 8 février 1995 [2] étend le pouvoir d'astreinte** aux tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Outre le pouvoir de prononcer des astreintes, elle **confère au juge un pouvoir d'injonction**. Le requérant n'a plus à attendre que la décision de justice reste inexécutée. Il peut formuler une requête concernant son exécution dès l'introduction de son recours principal. Qu'il agisse auprès du Conseil d'État, des tribunaux administratifs ou des cours administratives d'appel, le juge peut, si l'arrêt ou jugement implique que l'Administration prenne une mesure dans un sens déterminé, prescrire celle-ci, l'assortir d'un délai d'exécution et, le cas échéant, d'une astreinte. Si la mesure ne peut être prise qu'après une nouvelle instruction par l'Administration, faute de pouvoir être prescrite immédiatement par le juge, elle peut être aussi assortie d'un délai d'exécution et d'une astreinte. De plus, si une « partie intéressée » est confrontée à l'inexécution d'un jugement ou arrêt, elle peut encore agir pour demander l'exécution (et si le jugement ou arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition et elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte).

Se trouve ainsi très largement écartée la règle selon laquelle il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'Administration. « C'est notre loi du 8 février 1995, a commenté le vice-président du Conseil d'État (Renaud Denoix de Saint-Marc), qui sonne le glas de la règle jurisprudentielle traditionnelle, assurément sage à l'époque où le juge administratif s'est détaché de l'Administration mais dont le maintien ne correspondait plus à la nature des relations qui existent aujourd'hui entre les services publics et leur juge, non plus qu'à la conception que les citoyens se font des prérogatives du juge à l'égard de l'Administration » [3].

L'application des dispositions de cette loi a connu rapidement un important développement et a soulevé divers problèmes. La jurisprudence montre qu'il n'est pas toujours évident de savoir ce que le juge peut faire et ce que l'administration peut ou doit faire. Les difficultés sont notamment liées à la question complexe des effets d'une annulation contentieuse. Ainsi, lorsque l'Administration doit prendre une nouvelle décision à la suite d'une annulation, elle doit en principe le faire au vu des circonstances de droit et de fait existant à la date de sa nouvelle décision. Dès lors, pour rendre efficace le pouvoir

---

1. CE 17 mai 1985, *Mme Menneret*, *R.* 149, concl. Pauti ; *GAJA* n° 92 ; CE 6 janv. 1995, *Soulat et Boivin*, CE 27 janv. 1995, *Melot*, *AJDA* 1995.157, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl, p. 104.
2. Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (CJA, art. L. 911-1 et s.).
3. Présentation d'un dossier relatif à la loi du 8 février 1995 (*RFDA* 1996.3) ; dans le même n^{o} : F. Moderne, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », p. 43. L'arrêt CE 28 février 1996, *Fauqueux* (*RFDA* 1996.397) rappelle néanmoins qu'en dehors des cas visés par la loi « il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration » ; d'autres cas se sont ajoutés, en matière de référés, avec la loi du 30 juin 2000. V. C. Charles, « Dix ans après : à quoi a servi la loi du 8 février 1995 ? », *Dr. adm.* 2005, n° 4, p. 10.

d'injonction du juge, encore faut-il que ce dernier recherche s'il y a eu changement de circonstances afin de déterminer ce qu'il incombe à l'Administration de faire. Après quelques hésitations, le Conseil d'État a, en 1997, clarifié sa jurisprudence sur cette démarche d'« instruction » utile. Cela peut le conduire à constater qu'en raison de changements de circonstances, il n'y a plus lieu d'ordonner à l'Administration de prendre une décision déterminée [1]. D'une manière générale, il estime qu'aujourd'hui la mise en œuvre des procédures d'exécution « doit être regardée dans l'ensemble comme satisfaisante »[2].

§ 3. La prévention du contentieux

La prévention du contentieux revêt de multiples aspects. D'abord, sans doute, il faut améliorer le droit lui-même. La prolifération de règles mal conçues ne peut qu'être génératrice de litiges. Plus généralement, doit être poursuivie la politique de réforme des services publics (politique seule susceptible de conduire à modifier les comportements de l'Administration). Que soient au moins évitées les réponses dilatoires à des réclamations examinées superficiellement et ne laissant à l'intéressé d'autre issue que le recours au juge [3] ! Cela dit, dans la mesure où il y aura malgré tout toujours des litiges, se pose plus précisément la question des moyens de nature à éviter la saisine des juridictions étatiques. S'il ne s'agit pas de les supplanter, « il peut y avoir place, dans certaines hypothèses et pour tenir compte de certaines préoccupations, pour des moyens autres de règlement des litiges [4] ».

L'idée n'est pas nouvelle. En matière fiscale, à partir de 1928, la seule obligation d'adresser toute réclamation au directeur des services fiscaux a suffit à réduire considérablement le nombre des recours contentieux. L'institution du **Médiateur** en 1973, n'a pu qu'avoir aussi des effets bénéfiques [5]. Force est toutefois de reconnaître que, d'une manière générale, en dépit des ambitions souvent affichées, les résultats ont toujours été quelque peu décevants.

---

1. CE 4 juill. 1997, *Bourezak*, et, même date, *Leveau*, *AJDA* 1997.584, chron. D. Chauveaux et T. X. Girardot ; *RFDA* 1997.815, concl. R. Abraham et concl. J.-H. Stahl. V. *infra*, p. 644, sur la jurisprudence ultérieure, notamment l'arrêt *Association AC ! et autres* de 2004.

2. Conclusion du rapport public 2003 du Conseil d'État, qui mentionne malgré tout (p. 126) un refus d'exécution : « Alors que le ville de Puteaux avait obtenu en référé la suspension de l'acte par lequel l'établissement public pour l'aménagement de la défense (EPAD) avait décidé la réalisation d'une passerelle enjambant la voie publique, l'EPAD a poursuivi à la fois les travaux et la procédure » (« le Conseil d'État, est-il précisé, a rejeté ses conclusions mais la demande d'aide à l'exécution qu'a formée la ville n'a pu aboutir, la passerelle ayant été achevée entre-temps. Ce refus regrettable d'exécution pourrait entraîner des conséquences fâcheuses pour l'établissement public. Il est de nature à engager sa responsabilité. Une action mettant en cause l'ouvrage lui-même n'est pas non plus à exclure »).

3. V. la circulaire relative au traitement des réclamations, citée p. 52, note 2, à propos du régime des recours administratifs.

4. CE, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative,* La Documentation française, *Les études du Conseil d'État*, 1993, p. 13. *Adde* : F. Ducarouge, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA* 1996.86 ; L. Richer, « Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif », *AJDA* 1997.3.

5. V. *infra*, chapitre 2, sur le Médiateur de la République et sur la médiation en général, M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, « Que sais-je ? », n° 2930, 3e éd., 2005.

L'**arbitrage** (recours à des juges conventionnels) reste en principe interdit, sauf si un texte le prévoit [1]. La **transaction** (article 2044 du Code civil) est possible dès lors qu'il ne s'agit pas de l'organisation administrative ou d'une question de légalité, mais elle reste peu utilisée et pourrait l'être beaucoup plus [2]. Quant à la **conciliation**, si des textes législatifs l'ont évoquée, ils n'ont encore guère eu de suite et leur portée reste incertaine [3].

Le développement limité de ces « modes alternatifs de règlement des litiges » s'explique sans doute, au moins en partie, par le caractère inégalitaire du droit administratif et la faible propension, traditionnelle, de l'Administration à « dialoguer ». Elle n'a pas pour habitude de recourir à des procédés qui, selon l'étude du Conseil d'État de 1993, « sont des tentatives pour instaurer un dialogue direct, débouchant si possible sur un compromis ou sur un accord ». La mise en œuvre de la réforme de l'État est censée pouvoir apporter une impulsion puisque l'un des objectifs est de rapprocher l'Administration des citoyens. Toutefois, chaque « mode alternatif » soulevant des problèmes spécifiques, leur renforcement implique de nombreuses mesures très précises pour en garantir l'effectivité et l'efficacité.

---

1. Cela pourrait toutefois vite changer. Alors qu'il n'y avait jusque là que des textes de portée limitée (concernant, par exemple, la SNCF), l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat l'a autorisé pour toute cette catégorie de contrats – Et le Conseil constitutionnel a considéré que le principe a « valeur législative et non constitutionnelle » (CC 2 déc. 2004, loi de simplification du droit) (*JO* 10 déc. 2004). V. S. Braconnier, « Arbitrage et contrats publics d'affaires. Vers un principe d'arbitrabilité », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, volume II, p. 319.

2. V. la circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits (*JO* 15 févr. 1995). Et G. Chavrier, « Réflexions sur la transaction administrative », *RFDA* 2000.548 ; H. Kenfack, « Vent de faveur sur la transaction ? », *AJDA* 2004.242. Ce dernier article fait suite à l'avis contentieux, CE 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré de l'Haÿ-les-Roses*, ayant ouvert la voie à une procédure d'homologation de transactions par le juge administratif, en dehors de tout litige porté devant lui (*RFDA* 2003.291, concl. G. Le Chatelier et note B. Pacteau). Une telle procédure est apparemment paradoxale dès lors qu'il s'agit d'éviter le recours au juge, mais elle ne vise que des cas bien particuliers. Elle peut permettre ultérieurement de recourir, contre une partie récalcitrante, aux voies d'exécution propres aux décisions de justice.

3. La loi du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs prescrit que « les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation » ; la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif prévoit que « des décrets en Conseil d'État déterminent dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu la responsabilité extracontractuelle sont soumis avant toute instance arbitrale ou contentieuse, à une procédure préalable soit de recours administratif, soit de conciliation » (art. 13) ; dans le même ordre d'idée, l'article 131 du Code des marchés publics prévoit pour les litiges relatifs à ces contrats l'intervention de comités consultatifs de règlement amiable.
Sur la mission de conciliation des tribunaux administratifs, CE 23 juin 1989, *Veriter*, *R.* 146, concl. D. Levis ; R.-C. Dupuy et J.-M. Perret, « La pratique de la conciliation au tribunal administratif de Nantes », *RFDA* 1999.611. Et plus généralement, F. Munoz, « Pour une logique de la conciliation », *AJDA* 1997.41.

Chapitre 2

Les contrôles politiques et administratifs

Aux côtés du contrôle juridictionnel, il n'y a longtemps eu que le contrôle parlementaire (Section 1) et le contrôle de l'Administration par elle-même (Section 3). L'institution du Médiateur de la République, tout en ajoutant un nouveau type de règlement des conflits et de contrôle, a préfiguré le développement des autorités administratives indépendantes qui aujourd'hui interviennent de diverses manières (Section 2).

Section 1
Le contrôle parlementaire [1]

Le contrôle du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif implique, pour les assemblées parlementaires, un droit à l'information indispensable non seulement pour le travail législatif (notamment dans le domaine essentiel de l'élaboration du budget) mais aussi pour l'utilisation de la modalité de contrôle la plus absolue : la mise en cause de la responsabilité du gouvernement (dans les conditions prévues à l'article 49 de la Constitution) obligeant le Premier ministre (en vertu de l'article 50) à remettre la démission de ce gouvernement au président de la République [2].

Députés et sénateurs disposent de divers moyens pour s'informer et, par suite, exercer leur contrôle. Les plus importants sont les **questions** posées au gouvernement et le travail des **commissions** et des **délégations ou offices** parlementaires.

§ 1. Les questions

La Constitution prévoyait dans sa rédaction initiale, qu'« une séance par semaine est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du gouvernement » (art. 48). Il s'agit là des **questions orales** avec ou sans débat. En outre, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, sont prévues des **questions écrites.** Le ministre « questionné » dispose pour répondre d'un délai d'un mois, renouvelable, à sa demande,

---

1. Outre les manuels de droit constitutionnel : T. Renoux et M. de Villiers, *Code constitutionnel*, Litec, 3e éd., 2005 ; G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, coll. « Points-essais », 7e éd., 2005.
2. S'agissant du budget, v. *supra*, p. 22, sur la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF). V. aussi, A. Maucour-Isabelle, *La rénovation des pouvoirs budgétaires du Parlement sous la Ve République*, Dalloz, « Bibl. parlementaire et constitutionnelle », 2005.

une seule fois. Il peut également déclarer par écrit que l'intérêt public ne lui permet pas de répondre. À l'Assemblée nationale, une nouvelle procédure a été mise en œuvre en vue de donner plus de vie et plus d'intérêt au dialogue entre l'exécutif et le législatif : il s'agit des **questions d'actualité** dont la formule avait été lancée en 1970 et qui ont fait place, en 1974, aux **questions au gouvernement.** Elle a été étendue au Sénat. Consacrant ce développement du temps consacré aux questions, la loi constitutionnelle du 4 août 1995 précise qu'« une séance par semaine au moins » leur est réservée — « au moins » et non « au plus », comme à l'origine.

D'une façon générale, les questions posées par les parlementaires sont extrêmement nombreuses et diversifiées. Certaines portent sur des domaines très précis et, par la publication au *Journal officiel*, elles ont un intérêt qui dépasse le cadre de l'information des parlementaires.

§ 2. Les commissions

L'article 43 de la Constitution prévoit l'envoi pour examen des projets et propositions de lois à des « commissions spécialement désignées à cet effet » ; ils peuvent être aussi « envoyés à l'une des **commissions permanentes** dont le nombre est limité à six dans chaque assemblée ». En pratique, il y a peu de commissions spéciales et les six commissions permanentes (dont le nombre est sans doute insuffisant) jouent un rôle essentiel. Dans leur tâche législative, elles recueillent de nombreux renseignements utiles au contrôle parlementaire. Leur dialogue au jour le jour avec le gouvernement permet l'exercice d'un pouvoir d'inflexion. Ainsi, par exemple, « les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances suivent et contrôlent l'exécution des lois de finances et procèdent à l'évaluation de toute question relative aux finances publiques » (art. 57 de la LOLF).

Par ailleurs, sont parfois créées des **commissions d'enquête.** Actuellement réglementées par l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, elles ont pour mission de recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée dont elles sont issues [1].

La méfiance des constituants de 1958 à l'égard du Parlement s'est traduite par l'élaboration de règles strictes rendant difficiles la création et le fonctionnement de commissions suspectées d'empiéter sur le domaine réservé à l'exécutif et d'intervenir abusivement dans l'action administrative. Cependant, les lois du 19 juillet 1977 et du 20 juillet 1991 ont pu améliorer ces institutions. En premier lieu, la durée des travaux des commissions a été portée de quatre à six mois. En second lieu, leurs pouvoirs d'investigation ont été élargis : ils sont désormais semblables à ceux des commissions des finances (notamment, citation de témoins tenus de comparaître...). En troisième lieu, leurs travaux ne sont plus secrets *a priori :* les auditions sont publiques, sauf si la commission en décide autrement ; les rapports sont publiés, sauf si l'assemblée concernée décide, par

1. Pour un exemple récent, v. sur le site internet de l'Assemblée nationale le dossier « affaire dite d'Outreau : recherche des causes de dysfonctionnements de la justice et formulation de propositions pour éviter leur renouvellement ».

un vote spécial, de ne pas en autoriser la publication (totale ou partielle). Néanmoins, l'ouverture d'une instance judiciaire sur les faits en cause continue à interdire la création de commissions ou bien met fin à leur mission.

§ 3. Les délégations ou offices

À défaut de création de nouvelles commissions permanentes, les assemblées ont donné naissance à diverses délégations ou offices. C'est ainsi que le développement du droit communautaire a conduit, par la loi du 6 juillet 1979, à l'institution dans chaque assemblée d'une Délégation parlementaire pour les Communautés européennes (devenue depuis Délégation pour l'Union européenne). Composée de 36 membres, elle est chargée de suivre les travaux des organes des Communautés. Elle peut également, depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, prendre l'initiative de faire adopter l'une des résolutions prévues à l'article 88.4 de la Constitution [1]. Toujours sous la forme d'une délégation a été créé, en 1983, l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques. Et les préoccupations d'amélioration du contrôle ont aussi conduit à la création en 1996 de deux offices parlementaires (composés chacun de deux délégations, constituées à l'Assemblée nationale et au Sénat) : l'un pour l'évaluation de la législation, l'autre pour l'évaluation des politiques publiques. Toutefois ce dernier a été supprimé en 2001. De toute évidence, la question de l'amélioration du contrôle parlementaire reste posée [2].

Section 2
Le contrôle par des autorités administratives indépendantes

Parmi les nombreux organismes créés, depuis les années 1970, en marge des structures administratives traditionnelles et qualifiés d'« autorités indépendantes » ou « autorités administratives indépendantes » [3], il en est dont la mission relève en tout ou partie du contrôle de l'Administration : la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), *l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur,* la *Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité*, l'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (ARCEP), la *Commission de régulation de l'énergie* (CRE), la *Commission consultative du secret de la défense nationale*, la *Commission nationale de déontologie de la sécurité, la Commission nationale du débat public* mais aussi le *Médiateur de la République* et la *Commission d'accès aux documents administratifs* (CADA) dont il convient de préciser le rôle, au moins parce qu'ils sont très

---

1. Article 88-4 (tel que modifié par la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999) : « Le gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également leur soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne. Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions peuvent être votées, le cas échéant en dehors des sessions sur les projets, propositions ou documents mentionnés à l'alinéa précédent. »
2. C'est ainsi qu'a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, le 18 mai 2006, une proposition de loi constitutionnelle tendant à modifier l'article 34 de la Constitution afin d'élargir les pouvoirs du Parlement sur l'application et l'exécution des lois (après « Le Parlement vote la loi », elle précise qu'« il en contrôle l'application et en évalue les résultats dans les conditions prévues par une loi organique »).
3. V. dossier 4, chapitre 1.

sollicités et témoignent d'une même volonté d'amélioration des relations avec les administrés.

§ 1. Le médiateur de la République

Le **Médiateur** a été institué en 1973 à l'image (déformée) de *l'ombudsman* suédois. Ses pouvoirs ont été élargis en 1976 et il a reçu, en 1989, le titre de **Médiateur de la République** [1].

À la différence de *l'ombudsman* qui exerce son contrôle pour le compte du Parlement et est nommé par lui, il est nommé pour six ans par décret en Conseil des ministres [2]. Son mandat n'est pas renouvelable et ne peut être interrompu qu'en cas de démission ou d'empêchement constaté dans des conditions définies par décret en Conseil d'État. Il ne reçoit d'instructions d'aucune autorité et il ne peut pas être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions qu'il émet ou des actes qu'il accomplit dans l'exercice de ses fonctions. Ont été successivement choisis par le président de la République, Antoine Pinay, Aimé Paquet, Robert Fabre, Paul Legatte, Jacques Pelletier, Bernard Stasi, **Jean-Paul Delevoye** – l'actuel Médiateur, depuis le 13 avril 2004.

Le Médiateur de la République reçoit « les réclamations concernant, dans leurs relations avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'État, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public ». Telle que précisée par la loi du 12 avril 2000 sa mission est triple : d'abord, lorsqu'une réclamation lui paraît justifiée, il **fait des recommandations** de nature à régler les difficultés et, notamment, il recommande toute solution permettant de régler en équité la situation de l'auteur de la réclamation ; ensuite, et d'une manière générale, lorsqu'il lui apparaît qu'un organisme n'a pas fonctionné conformément à sa mission de service public, il **peut proposer** à l'autorité compétente toutes mesures qu'il estime de nature à remédier à cette situation ; enfin, lorsqu'il lui apparaît plus précisément que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à des situations inéquitables, il **peut suggérer** les modifications qui lui paraissent opportunes [3].

Les réclamations sont faites par « toute personne physique ou morale ». Elles doivent être transmises au Médiateur de la République *par l'intermédiaire d'un député ou d'un sénateur*, tous les parlementaires pouvant aussi le saisir à leur propre initiative [4].

Ses services sont à Paris mais il dispose, sur l'ensemble du territoire, de délégués qu'il désigne (délégués départementaux) et qui participent au règlement des difficultés dans leur ressort géographique. Chaque année, il présente au Président de la République et au

---

1. V. son site internet et ses rapports annuels. D'autres modifications de la loi de 1973 résultent de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.
2. A. Legrand, « Médiateur ou ombudsman ? », *AJDA* 1973.229 et *Médiateur et ombudsmans*, *RFAP* 1992, n° 64.
3. Il peut également, ce qu'il ne fait guère en pratique, engager des *procédures disciplinaires* contre les agents publics ou saisir de *plaintes* la juridiction répressive. Et depuis 1976, il dispose d'un *pouvoir d'injonction* en cas d'inexécution d'une décision de justice (*supra*, p. 65).
4. Depuis la loi du 12 avril 2000, des réclamations peuvent lui être transmises par le Médiateur européen ou un homologue étranger.

Parlement un *rapport* qui est publié et, en vertu de la loi du 12 avril 2000, fait l'objet de sa part d'une communication devant chacune des assemblées.

L'activité du Médiateur de la République est en *progression constante* et les réclamations dont il est saisi portent sur les activités administratives les plus diverses. Le nombre d'affaires qui lui sont soumises chaque année est passé de 4 000 en 1978 à 18 000 dix ans plus tard et à près de 60 000 en 2005 (réclamations ou demandes d'informations et conseils).

À lire les rapports annuels, il apparaît que l'instruction des dossiers est parfois longue et difficile. L'obstination de l'Administration ou son inertie nécessitent une action tenace. C'est d'autant plus vrai qu'il ne s'agit pas seulement d'obtenir l'application stricte de la règle de droit. Même s'il est souvent saisi de litiges qui pourraient relever du juge [1], le Médiateur de la République a surtout pour vocation d'intervenir en cas de dysfonctionnement des services publics échappant normalement au contrôle juridictionnel (lenteur, indifférence, tracasseries...) ou lorsque l'action administrative, même régulière, conduit en fait à l'injustice. **Bon sens et équité** sont ses maîtres mots. Caractéristiques de son action, ils en montrent aussi la difficulté. Comment demander à un administrateur d'accepter une autre solution que celle qu'il a prise conformément à la lettre de la loi, décision qui est inattaquable en droit ? [2]

Inédite en 1973, l'institution n'est plus seule de son espèce. D'abord, la médiation s'est développée dans tous les domaines de la vie sociale et notamment en 2000 a été institué, à l'image du Médiateur de la République, un Défenseur des enfants [3]. Ensuite, tout comme les médiateurs, se sont multipliées les autorités administratives indépendantes.

Le classement du Médiateur dans cette catégorie nouvelle s'était imposé au Conseil d'État : nommé par décret du président de la République, il ne peut qu'être administratif faute de pouvoir être législatif ou juridictionnel [4]. Était soulevé malgré tout le problème de la nature du contrôle exercé : s'il est une autorité administrative, le Médiateur, en dépit de son indépendance, n'assure qu'un contrôle interne de plus et il risque de perdre sa spécificité. Pour l'éviter, la loi du 13 janvier 1989 a précisé que le Médiateur, désormais nommé Médiateur de la République (pour le distinguer clairement des autres médiateurs),

---

1. En ce cas, il ne faut pas oublier que le recours au Médiateur de la République n'interrompt pas les délais de recours contentieux.

2. V. P. Legatte, « L'intervention du Médiateur de la République dans le domaine de l'équité », *Justice, médiation et équité. Colloque Droit et Démocratie*, La Documentation française, 1992, p. 9 : « Le Médiateur de la République sait que lorsqu'il intervient, au nom de l'équité, il demande à l'administrateur un gros effort » ; il « agit avec prudence pour respecter le rythme de l'évolution des esprits », sans jamais oublier que « la pratique de l'équité doit se concilier avec l'État de droit ». Sur l'action du Médiateur, en général : P. Chrétien, « 1973-1983, dix ans de médiation », *RDP* 1983.1259 ; A.-S. Mescheriakoff, « La place du médiateur dans les institutions françaises : un bilan de dix ans », *RFAP* n° 27, 1983.533 ; *La médiation : quel avenir ?*, actes du colloque des 5 et 6 février 1998, publiés par le Médiateur de la République, 1998 ; B. Delaunay, *Le Médiateur de la République*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3422, 1999.

3. Loi du 6 mars 2000 instituant un Défenseur des enfants (*JO* 7 mars 2000, comm. M.-J. Guédon, *AJDA* 2000.424).

4. CE 10 juill. 1981, *Retail, RDP* 1981.1441 concl. M. Franc. *Adde* : Y. Gaudemet, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? (à propos des rapports du Médiateur et du juge administratif) », *Mélanges offerts au professeur Robert-Édourd Charlier,* Éd. Émile Paul, 1981, p. 117 ; « Toujours à propos du Médiateur... », *AJDA* 1987.520 ; J.-P. Costa, « Le Médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », *AJDA* 1987.341.

est une **autorité indépendante** (et non une autorité *administrative* indépendante). Purement symbolique et ne faisant que consacrer la position ambiguë d'une telle institution, cette nouvelle qualification ne modifie pas le régime de ses actes : les réponses adressées par le Médiateur de la République aux parlementaires qui le saisissent de réclamations ne sont pas des *décisions* administratives ; elles ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet de recours par la voie contentieuse [1].

§ 2. La CADA

Comme son nom l'indique, la **CADA** a été créée par la **loi du 17 juillet 1978** [2] pour faciliter la mise en œuvre du **droit d'accès aux documents administratifs** alors institué [3]. Dans la rédaction actuelle de cette loi, résultant d'une **ordonnance du 6 juin 2005** [4], elle est plus précisément « chargée de veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs et aux archives publiques ainsi qu'à l'application du chapitre II relatif à la réutilisation des informations publiques ».

De réforme en réforme, elle a vu ses missions s'étendre [5]. Ainsi, le chapitre II est une innovation de l'ordonnance de 2005. Il transpose une directive communautaire sur « la réutilisation et l'exploitation commerciale des documents du secteur public ». Sont visées les hypothèses où un opérateur privé entend rediffuser, en l'état ou après traitements, des informations publiques. Comme il y a marché, doivent être respectées les règles de la concurrence. Ainsi, la réutilisation peut donner lieu à licence et être alors soumise au paiement d'une redevance, mais elle ne peut faire l'objet d'un droit d'exclusivité accordé à un tiers, « sauf si un tel droit est nécessaire à l'exercice d'une mission de service public ». De même, si des restrictions à la réutilisation sont possibles « pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée », il va de soi qu'elles « ne peuvent avoir pour effet ou pour objet de restreindre la concurrence ». En cas de méconnaissance par les

---

1. Il est à noter que le Défenseur des enfants est lui aussi qualifié d'autorité indépendante. Nommé pour 6 ans par décret en conseil des ministres, « il reçoit les réclamations individuelles d'enfants mineurs ou de leurs représentants légaux qui estiment qu'une personne publique ou privée n'a pas respecté les droits de l'enfant ».

2. V. *supra*, p. 25.

3. L'importance de ce droit a été consacrée par le Conseil d'État : dans un arrêt du 29 avril 2002, *Ullmann*, il affirme que « les dispositions relatives à l'étendue du droit d'accès aux documents administratifs concernent les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'elles portent aussi sur des matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution » (en conséquence, il y a incompétence du pouvoir réglementaire) ; v. *RFDA* 2003.135, concl. D. Piveteau. Également : J.-P. Costa, « La commission d'accès aux documents administratifs », *RFDA* 1996.184 ; et à La Documentation française (ou www.cada.fr), les *rapports annuels* de la CADA et *le guide de l'accès aux documents administratifs*.

4. Ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques (*JO* 7 juin 2005) ; complétée par un décret du 30 décembre 2005 (*JO* 31 déc.) (comm. B. Delaunay, *AJDA* 2006.1377). Suite à une habilitation donnée par l'article premier de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

5. Des problèmes se sont posés en raison d'une articulation défectueuse entre la loi du 17 juillet 1978 et, notamment, celles du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et du 3 janvier 1979 sur les archives. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations y a remédié en donnant compétence à la CADA pour connaître de l'ensemble des difficultés d'accès aux documents administratifs et archives publiques, quel que soit le régime dont ils relèvent. Plus récemment, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a donné compétence à la CADA en matière d'accès aux dossiers médicaux (art. 14, modifiant la loi de 1978).

« réutilisateurs » de leurs obligations, la CADA dispose du pouvoir d'infliger des sanctions administratives -- Ce qui justifie l'appellation d'**autorité administrative indépendante** qui lui a été expressément donnée par l'ordonnance du 6 juin 2005. Révélatrices de la manière dont sont aujourd'hui traitées, à l'aune d'une concurrence omniprésente, des questions encore largement ignorées dans les années 1970, ces dispositions nouvelles posent des problèmes qui n'ont que peu à voir avec ceux relatifs au droit d'accès aux documents administratifs et pour lesquels l'ordonnance n'a fait qu'apporter des aménagements et compléments à la loi du 17 juillet 1978 [1].

Composée de 11 membres [2], la CADA peut être saisie en cas de refus de communication de documents *administratifs* élaborés ou détenus par l'État, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées de la gestion d'un service public, dans le cadre de leur mission de service public. Sont énumérés par la loi (article premier) des documents « considérés comme administratifs », « quel que soit le support utilisé pour la saisie, le stockage ou la transmission des informations qui en composent le contenu » : « constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions »[3]. S'ajoute à l'article 6, d'une part, une liste de documents qui ne sont pas communicables (dont la consultation porterait atteinte au secret de la défense nationale, à la conduite de la politique extérieure, etc.), d'autre part, une liste de documents qui ne sont communicables qu'à l'intéressé (et non aux tiers). Chaque fois, cependant, s'il est possible d'occulter ou de disjoindre les mentions qui ne sont pas communicables, le document peut être communiqué au demandeur.

En dehors des avis émis sur saisine des particuliers, la CADA exerce aussi sa compétence consultative par des conseils aux autorités compétentes sur les documents communicables. Et elle dispose d'un pouvoir de proposition (à la demande des autorités ou à son initiative) dans les domaines relevant de sa compétence.

Malgré d'incontestables progrès, nombre de cas dont est saisie la CADA viennent de refus injustifiés de communication. « Le moins que l'on puisse dire, remarquait encore en 2003 sa présidente, est que le droit d'accès des citoyens aux documents n'est pas une priorité pour les administrations, et que la transparence n'est toujours pas une finalité intégrée dans leurs objectifs » [4]. Peut-être est-ce en train de changer [5].

---

1. J.-M. Brugière, « Données publiques : la confusion des genres de l'ordonnance du 6 juin 2005 », *JCP A* 2005.1376.
2. Un membre du Conseil d'État qui préside, un magistrat de la Cour de cassation et un autre de la Cour des comptes, un député et un sénateur, un élu d'une collectivité territoriale, des personnalités qualifiées en matière de concurrence, de protection des données à caractère personnel et de diffusion des informations publiques.
3. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 6 juin 2005 souligne qu'est ainsi mis en évidence « le caractère exemplatif de la liste ». Préciser, au cas par cas, ce qu'il en est, élaborer une jurisprudence cohérente, a toujours été et reste la mission première de la CADA – et du juge administratif.
4. M. Puybasset (Présidente de la CADA), *AJDA* 2003.1307. Dans ce même n° de l'*AJDA*, dossier « Accès aux documents administratifs, bilan et nouveaux enjeux ».
5. Le rapport d'activités 2005 fait état de 4 433 demandes d'avis et 672 demandes de conseils de la part des administrations. Il relève une baisse du pourcentage de demandeurs obtenant satisfaction (41,6 %) qu'il explique par le fait que les administrations communiquent davantage spontanément les documents qui peuvent l'être. L'avis favorable était suivi dans 66 % des cas.

Section 3
Le contrôle de l'Administration par elle-même

Les **contrôles internes** à l'Administration sont également nombreux. En dépit de leur utilité, d'un point de vue général, ils soulèvent des controverses. Parfois excessifs, ils paralysent les services ; parfois inefficaces, ils n'empêchent pas les abus, voire les « scandales », que dénonce ensuite la presse. Fréquemment ils sont liés à l'exercice du **pouvoir hiérarchique** (§ 1) mais, dans bien des cas, ils sont confiés à des organismes spécialisés dans les **fonctions d'inspection et d'évaluation** (§ 2). Ainsi en est-il en matière de **contrôle financier** où, cependant, diverses particularités sont à relever (§ 3).

§ 1. Le pouvoir hiérarchique

Dans sa conception traditionnelle, le contrôle s'exerce au jour le jour. Il résulte plus des caractéristiques fondamentales du système bureaucratique que de textes juridiques. *Le subordonné est tenu par le devoir d'obéissance* et il n'a que trop tendance à s'abstenir de toute initiative, recherchant par avance l'accord de ses supérieurs. Quant à ceux-ci, ils se considèrent comme responsables de tout leur service : *ils donnent des ordres, ils revoient les textes préparés sous leur autorité, ils surveillent l'exécution...* Dans ces conditions, les actes d'un agent expriment la volonté de ses chefs tout autant que la sienne [1].

Allant de pair avec le *pouvoir disciplinaire* qui permet d'infliger des sanctions à un agent qui a commis une faute professionnelle, ce pouvoir peut, à certains égards, paraître désuet. À l'heure de la modernisation administrative, « la démarche des « projets de service »...sape les bases théoriques du pouvoir hiérarchique » [2]. N'est-ce pas la fin des logiques juridiques verticales ? « Les relations hiérarchiques se définissent aujourd'hui comme des rapports d'échanges au cœur de systèmes complexes, de réseaux desquels émerge une capacité à décider fondée sur le souci de l'efficacité du service public » [3].

Quoi qu'il en soit, en droit, le pouvoir hiérarchique reste ce qu'il a toujours été. Il est ainsi proche mais distinct de la *tutelle* exercée par exemple par les autorités de l'État sur les établissements publics [4]. Pour l'essentiel, celle-ci tend à assurer le respect des lois et des règlements par ces institutions dont l'autonomie doit être sauvegardée, ce qui suppose qu'elle ne déborde pas sur le contrôle de l'opportunité des mesures prises. Cela est logique mais ne correspond pas pleinement au droit positif. Toutefois, si les autorités de tutelle contrôlent la légalité et parfois l'opportunité, elles ne peuvent le faire que dans les limites

---

1. R.-É. Charlier, « Circulaires, instructions de service et autres prétendues mesures d'ordre intérieur administratives », *JCP* 1954.I.1169 ; J.-C. Grohens et J. Rivero, « À propos du pouvoir hiérarchique dans l'Administration », *AJDA* 1966.141 ; A. Legrand, « Un instrument du flou : le pouvoir hiérarchique », *Mélanges en hommage à Roland Drago,* Economica, 1996, p. 59.

2. J. Caillosse, texte reproduit p. 29.

3. N. Bellloubet-Frier, « Pouvoir et relations hiérarchiques : l'exemple du ministère de l'Éducation nationale », *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Dalloz, 2004, p. 235.

4. V. les dossiers 4, 5 et 6 concernant l'organisation administrative. Alors que le pouvoir hiérarchique est au cœur de la déconcentration, la tutelle est longtemps apparue caractéristique de la décentralisation. Tel n'est plus exactement le cas. La loi du 2 mars 1982 a entendu supprimer la tutelle sur les collectivités territoriales infra-étatiques pour lui substituer des contrôles (administratifs et financiers). Mais sur les établissement publics, la tutelle demeure la modalité de contrôle.

établies par la loi : l'adage « pas de tutelle sans texte, ni au-delà des textes » marque la différence avec le pouvoir hiérarchique dont l'exercice ne nécessite pas un texte.

§ 2. Les fonctions d'inspection et d'évaluation

a) Les **inspections générales** ministérielles ou interministérielles sont des organes administratifs qui, existant dans presque tous les ministères et relevant directement du ministre, sont en principe chargés du contrôle des services [1].

Elles sont nombreuses (il y en a aujourd'hui une vingtaine) : il semble en effet que l'Administration française tienne particulièrement à cette institution. Chaque fois qu'un ministère se crée avec son administration centrale et ses services extérieurs, il ne se passe guère de temps avant qu'il se dote de son inspection générale.

Les plus anciennes sont le contrôle général des armées que certains font remonter au XIIIe siècle, l'inspection générale des finances qui a des ancêtres au XVIIe siècle, celle de l'équipement et de l'environnement, dont les inspecteurs généraux des ponts et chaussées du début du XVIIIe sont une préfiguration. Mais c'est surtout à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale que les inspections générales sont devenues nombreuses.

Elles sont diverses, notamment par leur *effectif,* qui varie de quelques membres à beaucoup plus de cent, et par leur *âge de recrutement :* pour certaines, la structure des âges est à l'image de la société, comportant des inspecteurs jeunes recrutés à la sortie de l'ENA (inspection générale des Affaires sociales, des Finances) ; d'autres, au contraire, ne comprennent que des hauts fonctionnaires approchant de la fin de leur carrière.

Ces modalités répondent avec plus ou moins de succès à cette question fondamentale : **comment assurer l'aptitude et l'indépendance des inspections générales ?** On peut se demander si l'exigence d'aptitude est satisfaite par le recrutement de hauts fonctionnaires en fin de carrière. Certes ceux-ci ont une grande expérience de l'administration, mais leur âge ne sera-t-il pas un obstacle aux déplacements que les nécessités du service imposent sans cesse ? Et qu'en est-il pour eux de l'exigence d'indépendance ? Arrivés en fin de carrière, ils n'ont rien à redouter, mais le fait d'appartenir depuis trente ans au milieu à inspecter, d'en connaître les arcanes et les hommes ne risque-t-il pas de les inciter à trop d'indulgence ? On pourrait multiplier les questions de ce genre.

Les fonctions exercées par les inspections générales sont tout aussi diverses. La raison en est qu'elles sont apparues au gré des circonstances et des besoins du moment, et que chaque ministère, avec son génie propre, a orienté à sa façon l'activité de son inspection générale.

L'imagerie la plus courante représente un contrôle rigoureux où l'on voit des inspecteurs arriver à l'improviste dans un service de province, saisir et vérifier la caisse, apposer des scellés, exercer un droit d'investigation incontesté et tout vérifier minutieusement avant de porter, à l'intention du ministre, un jugement sur la gestion du service. Telle est bien, au moins dans son esprit, la tradition des grands corps de contrôle, comme

---

1. P. Milloz, « Les inspections générales ministérielles », *RA* 1982.477, *Les inspections générales interministérielles dans l'administration française,* Economica, 1983 ; J.-L. Moreau, « La fonction d'inspection générale dans les administrations. Réflexions », *AJDA* 1985.387.

celui de l'inspection générale des Finances. Mais cette méthode, si elle continue à être mise en œuvre avec quelques aménagements, est en régression. Dans la pratique, les contrôles actuels sont bien plus souvent invoqués par la *survenance des incidents ou des crises.* Ils interviennent alors sur instruction particulière du ministre.

Quelle que soit sa forme, **le contrôle n'est plus la fonction quasi unique** des inspections générales. Son but essentiel était de fournir au ministre une information objective, dénuée d'esprit de critique, mais sans complaisance, sur ses services. L'inspection générale, pour rassembler cette information, observait et ne participait pas à l'action, laissant celle-ci aux administrateurs ; pour n'avoir point d'influence immédiate, elle n'intervenait qu'*a posteriori*. Or, l'application de ces règles a cessé d'être rigoureuse et, à des degrés divers selon le cas, *les inspections générales sont poussées à intervenir dans l'action.* Le risque est qu'elles se transforment en supérieurs hiérarchiques.

La tendance à la publication de leurs rapports [1] est aujourd'hui de nature à renouveler ces interrogations les concernant : ont-elles pour vocation la seule information de leur ministre, dans une totale liberté de ton, ou doivent-elles, en toute transparence, se préoccuper de l'information des citoyens, au risque de se transformer « en une structure d'évaluation supplémentaire » ?[2] Un rapport du Conseil d'État évoquait en 1977 le déclin de la fonction d'inspection. Il est certain qu'**un glissement vers l'action administrative** fait peser sur les inspections générales une menace de crise.

b) La multiplication, ces dernières années, des **organismes d'évaluation** de l'action administrative en atteste, en même temps qu'elle est révélatrice d'un certain malaise [3]. Considérant qu'il n'y a d'évaluation digne de ce nom qu'objective et impartiale, l'on se préoccupe d'assurer une plus grande autonomie par rapport aux administrations gestionnaires. Les ambitions sont depuis longtemps clairement affichées. Il s'agit, avec l'évaluation, d'améliorer les performances, prévenir les dysfonctionnements, assurer une plus grande transparence, faire en sorte qu'au vu d'engagements sur des objectifs précis chacun puisse rendre compte de ses résultats. S'ajoute désormais la nécessité de mettre en œuvre la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances. Encore faut-il qu'il n'y ait pas redondance des fonctions.

À défaut de clarification, tous ces organismes qui sont venus s'ajouter à des inspections aux missions mal définies risquent, longtemps encore, de continuer à faire plus ou moins double emploi.

Plus généralement, la difficulté est d'**« intégrer l'évaluation dans les procédures normales de l'action administrative »** : elle reste, en effet, « perçue, par les politiques et par les administrations, comme une procédure « inquisitoire » à la fois risquée et de peu de portée opérationnelle » [4]. L'évaluateur, en quelque sorte, qu'il soit ou non autonome, sous le masque de l'expert scientifique dissimule un supérieur hiérarchique. Il suscite la méfiance et dissuade d'ouvrir le débat sur les résultats de ses investigations. L'on

---

1. V. P. Collière, « Communication et diffusion *via* internet des rapports des inspections générales des administrations », *AJDA* 2005.1935.
2. A. Kurek, « L'application de la transparence administrative aux rapports des inspections générales ministérielles », *RFDA* 2003.1175.
3. Sur l'évaluation, v. *supra*, p. 20.
4. Commissariat général du Plan, *Rapport sur les perspectives de la France*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 2000, p. 256.

s'explique alors que nombre de rapports apparemment remarquables restent sans suite et l'on perçoit la difficulté de la modernisation escomptée des « ressources humaines ».

§ 3. Le contrôle financier [1]

Ce contrôle est un élément de la **comptabilité publique.** Dans le processus d'une opération qui comporte le *maniement de deniers publics*, les **ordonnateurs** ont qualité pour constater ou liquider une créance ou une dette et pour en ordonner le recouvrement ou le paiement, tandis que les **comptables** exécutent les opérations de recettes ou de dépenses. Par exemple, le ministre ou le préfet est un ordonnateur ; le trésorier payeur général ou le percepteur est un comptable. Cette division du travail conduit les comptables à contrôler la régularité des mesures arrêtées par les ordonnateurs : en effet, toutes les fois qu'un comptable effectue une opération irrégulière, soit de sa propre initiative, soit sur l'ordre d'un ordonnateur, il doit, en principe, rembourser la somme que la collectivité a perdue de son fait. Le contrôle ainsi effectué n'en reste pas moins strictement limité, ce dont témoigne la jurisprudence [2].

En ce qui concerne l'Administration d'État, un contrôle financier spécifique existe dans les services centraux, assuré par le corps des **contrôleurs financiers.** Au niveau départemental et régional, ce rôle est joué par le **trésorier payeur général [3].** Avec les nouvelles règles de gestion publique issues de la **LOLF**, c'est néanmoins un rôle appelé, à tous les niveaux, à se transformer profondément. Les responsables de programmes ont des objectifs à atteindre. Ils disposent de moyens et de la liberté d'emploi de ces moyens. De nouveaux équilibres sont à trouver au sein d'« un système « pluripolaire » dans lequel les (nombreux) gestionnaires l'emportent nécessairement (mais à leurs risques et périls) sur les comptables, recentrés sur des fonctions de responsabilités techniques »[4].

Par ailleurs, interviennent des *organismes juridictionnels*. La **Cour des comptes**, d'une part, juge les comptes des comptables publics et des comptables de fait [5], d'autre part, exerce un contrôle administratif (non juridictionnel, « externe » à l'Administration). En vertu de l'article 47 de la Constitution, elle « assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances », ce qui se concrétise notamment par

---

1. V. J. Basseres, « La comptabilité publique et la réforme », *RFFP* 2001, n° 76, p. 93 ; A. Barilari, *les contrôles financiers comptables, administratifs et juridictionnels des finances publiques*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2003 ; et les ouvrages de droit des finances publiques.

2. « ...si les comptables publics n'ont pas le pouvoir de se faire juges de la légalité des actes administratifs qui sont à l'origine des créances, il leur appartient toutefois de contrôler l'exactitude de l'ensemble des calculs de liquidation » (CE 8 juill. 2005.2240, *M. Basserie et M. Caffart*, *AJDA* 2005.2240, note M.-C. Esclassan, qui s'interroge « sur la délicate question de savoir où se situe exactement la frontière entre contrôle de régularité, qui incombe au comptable, et contrôles de légalité interne ou d'opportunité, qui lui sont interdits »).

3. Il est certainement excessif d'imaginer que l'Administration comporte deux hiérarchies parallèles, celle des administrateurs et celle des financiers, mais il a pu y avoir quelque vérité dans cette image que la loi organique du 1er août 2001 ne peut que tendre à brouiller.

4. L. Saïdj, « Réflexions sur une « bastille à Bercy » : le ministère des finances à l'épreuve des mutations contemporaines », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 709.

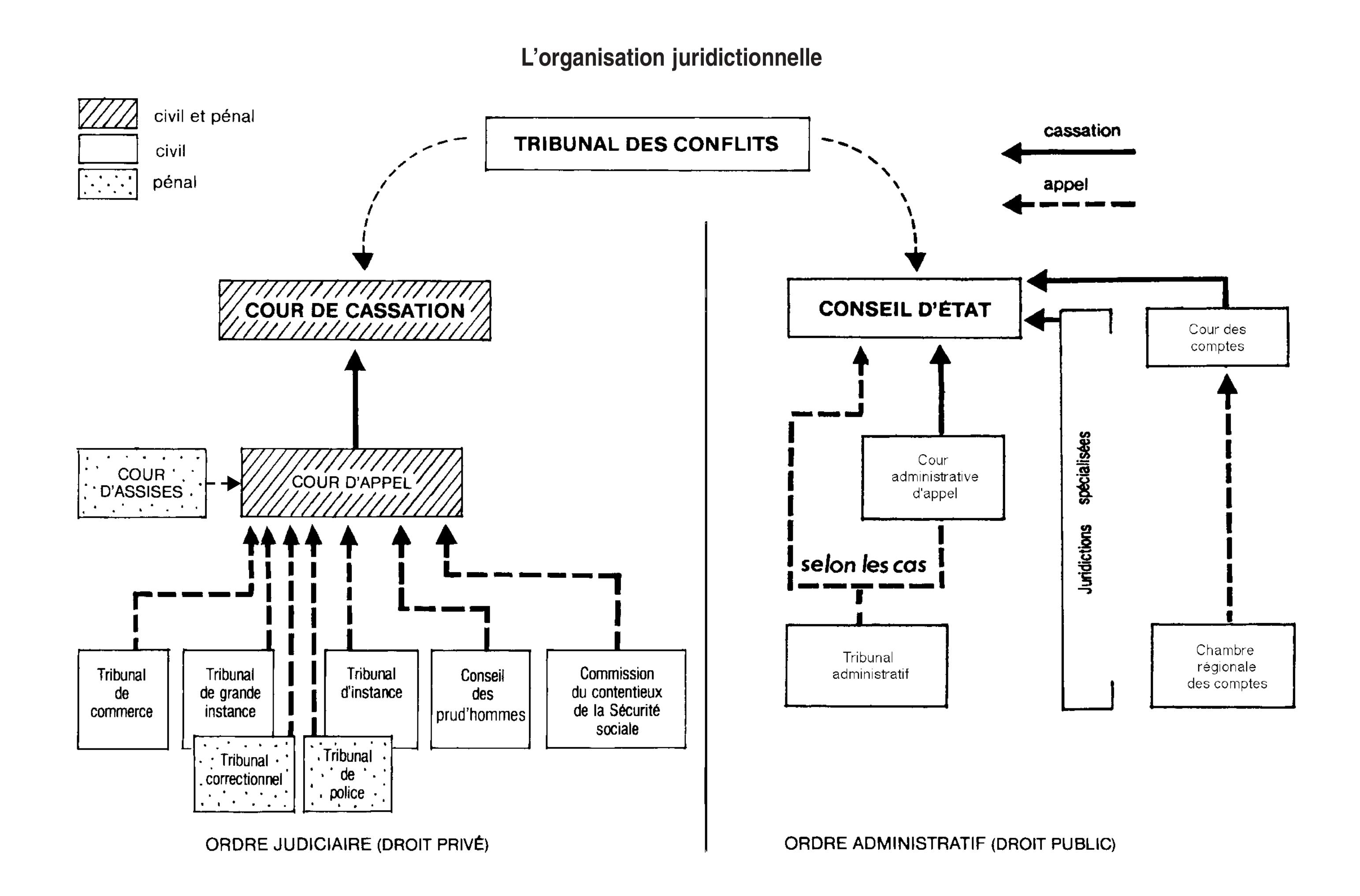
5. Le comptable de fait est une personne qui s'est ingérée, sans y être habilitée, dans le recouvrement de créances publiques ou qui, toujours sans y être habilitée, a effectué des dépenses publiques. Il doit rendre compte devant le juge des comptes de ses opérations et engage, comme les comptables « réguliers », sa responsabilité personnelle et pécuniaire (V. N. Groper, chron. *AJDA* 2005.1337).

l'établissement d'un *rapport public* où elle expose les irrégularités et les erreurs qu'elle a constatées dans l'examen des comptes qui lui ont été soumis et dans les enquêtes qu'elle a effectué. À ses côtés, la **Cour de discipline budgétaire et financière** est chargée de statuer sur la responsabilité des ordonnateurs. Pour les collectivités territoriales décentralisées, ce sont les **chambres régionales des comptes** qui, sous le contrôle en appel de la Cour des comptes, jugent les comptes des comptables locaux. Elles participent également, avec le préfet, à la mise en œuvre du contrôle budgétaire institué par la loi de décentralisation du 2 mars 1982.

Il est à noter que la double fonction des juridictions financières (contrôle juridictionnel et non-juridictionnel) ne va pas sans soulever des problèmes au regard du **principe d'impartialité**. La jurisprudence en la matière implique des aménagements dans l'organisation et le fonctionnement de ces juridictions, afin d'éviter les interférences entre les deux fonctions [1].

---

1. Le Conseil d'État, statuant en sa qualité de juge de cassation, a considéré que le principe d'impartialité et celui du respect des droits de la défense faisaient obstacle à ce que la Cour des comptes rende régulièrement une décision juridictionnelle dans une affaire qu'elle avait précédemment évoquée dans son rapport public et sur laquelle donc elle avait déjà pris position (CE 23 févr. 2001, *Sté Labor Metal*, *AJDA* 2001.404, chron. M. Guyomar et P. Collin — ceux-ci s'efforcent de montrer, ce qui n'est pas si évident, que « la nature du contentieux soumis au Conseil d'État et l'objet de sa mission consultative le préservent, pour l'essentiel, de situations telles que celle dans laquelle s'est trouvée la Cour des comptes »). Quant aux conséquences de cette jurisprudence *Labor Metal*, le Conseil d'État a jugé dans un arrêt du 17 octobre 2003, *Dugoin*, que « dans les cas où elle estime ne pas pouvoir se prononcer régulièrement sur un appel parce que les faits en cause ont été évoqués dans son rapport public, il lui (la Cour des comptes) appartient de transmettre l'affaire au Conseil d'État afin que celui-ci dans le cadre de ses pouvoirs généraux de régulation de l'ordre juridictionnel administratif, donne à cette transmission les suites qui conviennent et, le cas échéant, se prononce lui-même sur les conclusions d'appel qui avaient été présentées à la Cour » (*AJDA* 2003.2031). V. aussi, précisant la portée du caractère contradictoire de la procédure devant le juge des comptes, CE 27 juill. 2005, *Weygand et Bernardini*, *AJDA* 2005.2016, concl. M. Guyomar ; sans oublier l'arrêt *Martinie c/France* de la CJCE du 12 avril 2006 (cité *supra*, p. 57, à propos du commissaire du gouvernement) : il commence par juger que la procédure devant la Cour des comptes viole les droits de la défense du comptable en débet.


L'organisation juridictionnelle
civil et pénal
civil
pénal
TRIBUNAL DES CONFLITS
cassation
appel
COUR DE CASSATION
COUR D'ASSISES
COUR D'APPEL
Tribunal de commerce
Tribunal de grande instance
Tribunal correctionnel
Tribunal d'instance
Tribunal de police
Conseil des prud'hommes
Commission du contentieux de la Sécurité sociale
ORDRE JUDICIAIRE (DROIT PRIVÉ)
CONSEIL D'ÉTAT
Cour des comptes
Cour administrative d'appel
selon les cas
Tribunal administratif
Juridictions spécialisées
Chambre régionale des comptes
ORDRE ADMINISTRATIF (DROIT PUBLIC)

POUR APPROFONDIR

1. Généralement, et même si la juridiction administrative continue d'être épisodiquement mise en cause (V. le dossier 1, p. 15), les **juristes français** considèrent que le dualisme juridictionnel est amplement justifié

2. Dans certains États, pourtant, l'Administration peut être soumise, en principe, au droit privé qui joue alors le rôle de droit commun et aux juridictions de l'ordre judiciaire. Tel est le *système britannique,* (René DAVID et Xavier BLANC, *Le droit anglais*, PUF, « Que sais-je ? », n° 1162, 9e éd., 2001). Les exigences des services publics imposent des règles particulières (en matière de réquisition, d'expropriation, etc.), mais, en l'absence de ces textes spéciaux, le droit privé s'applique pleinement à l'Administration. De même, des organismes de contentieux administratifs distincts des tribunaux judiciaires sont apparus, mais ils ne constituent pas une hiérarchie autonome et ils sont soumis au contrôle des cours supérieures qui sont des juridictions judiciaires.

D'une manière générale, les États ayant une unité de juridiction connaissent un assez large développement de juridictions administratives spécialisées. Aux États-Unis, notamment, la juridictionnalisation de la procédure administrative est une cause importante de cette tendance à un certain « dualisme » : en effet, de nombreuses instances administratives ont le pouvoir de prendre des décisions quasi-juridictionnelles, ce qui donne naissance à une sorte de juridiction administrative spécialisée au sein de l'Administration publique (toutefois le principe de monisme n'est pas remis en cause puisque ces décisions peuvent être contrôlées par les cours judiciaires).

Forts de leur système, les **juristes anglo-saxons** ont pu récuser parfois le principe même du dualisme. Ainsi, au début du xxe siècle, DICEY (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, v. GRIARD et E. BRIÈRE, 1902, p. 206) s'est-il livré à une attaque en règle de ce qu'il considérait comme une anomalie intolérable :

> La règle de la loi en Angleterre comparée avec le droit administratif en France [...].
>
> Nous avons fait remarquer plus haut, que, dans beaucoup de pays et spécialement en France, les agents de l'État échappent jusqu'à un certain point, en leur capacité officielle, aux rigueurs de la loi commune, et, dans une certaine mesure, sont soustraits à la juridiction des tribunaux ordinaires ; ils sont soumis à des lois bureaucratiques appliquées par des assemblées de bureaucrates. Ce système de droit administratif, comme on l'appelle, est opposé à toutes les idées anglaises ; ce contraste même explique admirablement le sens de ce règne de la loi qui est un des caractères essentiels de la Constitution anglaise [...].
>
> Le terme droit administratif est un de ceux qui n'ont pas d'équivalent dans la terminologie juridique anglaise. Les mots administrative law, qui en sont la traduction la plus naturelle, n'ont aucun sens pour les juges et les avocats anglais ; ils sont, eux-mêmes, à peine intelligibles sans autre explication. Cette absence, dans la langue anglaise, d'une expression qui rend pleinement celle de droit administratif, est significative ; cette absence de synonyme provient au fond de ce que les Anglais ignorent la chose elle-même. En Angleterre et dans les pays, comme les États-Unis, qui puisent leur civilisation aux sources anglaises, le système du droit administratif et même les principes sur lesquels il repose sont réellement inconnus [...]. Tous ceux qui considéreront avec soin la nature du droit administratif français et le genre de questions auxquelles il s'applique s'apercevront bientôt qu'il repose sur deux idées fondamentales absolument étrangères aux conceptions des Anglais d'aujourd'hui.
>
> La première de ces idées, c'est que, chaque fois qu'il y a conflit entre les droits de l'État et les droits de l'individu, le gouvernement et ses agents possèdent, comme représentants de la nation, un ensemble de droits spéciaux, de privilèges différents des considérations

> qui fixent les droits et les devoirs des simples citoyens entre eux. Selon les idées françaises, un individu, dans ses démêlés avec l'État, n'est pas sur le même pied que dans ses démêlés avec son voisin [...].
>
> La seconde des idées générales sur lesquelles repose le droit administratif, c'est la nécessité de maintenir la séparation des pouvoirs, autrement dit d'empêcher le gouvernement, la législature et les tribunaux d'empiéter sur leurs domaines respectifs.
>
> L'expression « séparation des pouvoirs », appliquée par les Français aux relations du pouvoir exécutif avec les tribunaux, les seules dont nous nous occupons ici, peut facilement induire en erreur. Dans la bouche d'un homme d'État ou d'un jurisconsulte français, ce terme a un sens très différent et ce que l'on entend en Angleterre par « l'indépendance des juges » ou autres expressions semblables : telle qu'elle est interprétée par l'histoire de France, par la législation et par les décisions des tribunaux français, la « séparation des pouvoirs » signifie ni plus ni moins que les juges judiciaires doivent être inamovibles, par suite indépendants du pouvoir exécutif, en même temps que le gouvernement et ses agents (pour leurs actes officiels) doivent être indépendants des tribunaux judiciaires et échapper, dans une large mesure, à leur juridiction [...].
>
> En combinant ces deux idées, on peut découvrir les caractères dominants du droit administratif français.
>
> La première de ces caractéristiques (le lecteur l'a déjà vu) est la suivante : les relations du gouvernement et de ses fonctionnaires avec les simples citoyens sont régies par tout un ensemble de règles spéciales qui sont bien des lois, mais des lois différentes de celles qui régissent les rapports des citoyens entre eux. Il n'est pas sans importance de remarquer que les maximes du droit administratif ne sont pas codifiées ; elles forment ce qu'on appellerait en Angleterre *case Law* ; elles possèdent par suite, cette élasticité qui — qualité ou défaut — est inhérente au *case Law* créé non par les tribunaux judiciaires, mais par des tribunaux administratifs composés de fonctionnaires. La seconde de ces caractéristiques, c'est que les tribunaux judiciaires sont incompétents pour juger un acte administratif, c'est-à-dire un acte fait *bona fide* par un fonctionnaire supérieur ou inférieur, en sa qualité officielle [...]. Ce qui distingue, en troisième lieu, le droit administratif français, c'est qu'il est appliqué par des tribunaux administratifs à la tête desquels se trouve le Conseil d'État. Ces soi-disant « tribunaux » ont, assez récemment, acquis, jusqu'à un certain point, un caractère quasi judiciaire et ont adopté une procédure quasi judiciaire mais ils ont plus ou moins nettement le caractère de corps de fonctionnaires, ou d'autorités gouvernementales ; ils sont composés de fonctionnaires et il résulte des motifs mêmes invoqués pour enlever aux tribunaux judiciaires la connaissance des questions de droit administratif que ces corps se placent à un point de vue gouvernemental pour statuer sur les affaires qui leur sont soumises et les tranchent dans un esprit bien différent de celui qui anime les juges judiciaires.

Le réquisitoire de DICEY est assurément dépassé. S'il continue de faire référence, il ne peut qu'être au départ de réflexions profondément renouvelées : par exemple, John BELL (Université de Leeds), « De la nécessité d'un droit administratif », *AJDA* 1995, n° spécial *Le droit administratif*, p. 99 ; Sabino CASSESE (université de Rome « La Sapienza »), « Une des formes de l'« État nouveau du monde », réflexions sur le droit administratif français », ibid., p. 167, *La construction du droit administratif, France et Royaume-Uni*, Montchrestien, Clefs, 2000 ; Bernard STIRN, Duncan FAIRGRIEVE, Mattias GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006.

Aussi le bilan doit-il bien être plus nuancé : même si le système français comporte des défauts, il est permis de penser que « la suppression de la juridiction administrative créerait plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait » (François JULIEN-LAFERRIÈRE, « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Économica, 1996, p. 395). Cette juridiction a le mérite d'exister et de travailler et le Conseil d'État a largement élaboré un droit administratif qui est réputé être un « monument » très remarquable ; voir sur ces points : « Le droit administratif, bilan critique », *Pouvoir*, n° 46, 1988 ; *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration — Bilan critique*, Économica, 1991 (Introduction de Georges DUPUIS) ; Guy BRAIBANT, « Du simple au complexe : quarante ans de droit administratif (1953-1993) » *EDCE* 1993.409 (« Le monument, qui était encore

classique au début du XXe siècle, tend à devenir par adjonctions et modifications successives, de style baroque à la veille du vingt-et-unième »).

Le système de la dualité de juridictions est d'ailleurs pratiqué par de très nombreux États, selon des modalités diverses (degrés de juridiction, distinction entre juridictions administratives ordinaires et juridictions administratives spécialisées, aménagements liés à une structure fédérale...). Il n'empêche pas non plus de considérer qu'existe une véritable unité de la justice. Si les pays anglo-saxons tendent à un « dualisme », l'on peut observer des mouvements inverses. En témoigne, dans le cas de la France, ce constat que faisait déjà un conseiller d'État, au début des années 1990 : il y a une « collaboration croissante des deux ordres de juridiction vers les progrès de la justice et de l'État de droit » ; ils « avancent ensemble » parce qu'ils rencontrent souvent des problèmes comparables qui reçoivent des solutions semblables et qui finalement soulignent leur « parenté » (Bernard STIRN, « La justice administrative », *Revue politique et parlementaire*, « La justice et l'État », n° 954, juill.-août 1991, p. 38).

3. Ne s'opposent pas seulement les modèles anglais et français. « Si l'on se place dans un cadre comparatiste, constate Jean-Pierre QUENEUDEC, on ne peut manquer d'être frappé par l'extrême diversité des solutions... non seulement quant aux réponses apportées à la question de savoir quel juge est habilité à contrôler l'Administration mais aussi quant à la définition du droit applicable à l'exercice de ce contrôle » (« Les systèmes juridictionnels, approche comparée », dans *« Le contrôle juridictionnel de l'Administration — Bilan critique »*, cité ci-dessus). Dans le seul cadre européen, par exemple, on peut penser que ce sont en réalité **trois grands systèmes qui ont valeur d'archétype** : le français et l'anglais, mais aussi l'allemand qui réalise la synthèse des deux premiers ; « à l'un, il prend l'idée de spécialisation du juge ; à l'autre, il prend celle de l'unité du pouvoir judiciaire » (Michel FROMONT, *« Le débat à l'étranger. Présentation générale »*, *ibid.*, p. 43) ; existent alors différents ordres de juridiction (dont une juridiction administrative), mais au sommet se place un Tribunal constitutionnel fédéral.

Au total, l'étude comparée des systèmes juridictionnels révèle bien une certaine **spécificité du contentieux administratif**. Il fait l'objet d'un traitement particulier au sein de systèmes qui ont leur histoire et, par suite, peuvent toujours s'expliquer, se défendre.

Chacun, avec son génie propre, participe à la réalisation des mêmes objectifs avec des résultats qui apparaissent semblables. Quant à savoir exactement dans quelle mesure, à l'heure de la globalisation du droit et de la compétition entre systèmes juridiques (*infra*, p. 176), il y a ou non, en ce domaine comme en d'autres, convergence, voir Marie Claire PONTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006.20 : « La thèse la plus répandue estime-t-elle, celle de la convergence des droits, mérite d'être discutée à la lumière de deux autres interprétations : la domination du modèle anglo-saxon et le relativisme culturel ». On peut suivre aussi, en tant qu'elle cristallise les oppositions, l'évolution de la question de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré (*supra*, p. 57). D'un côté, la CEDH fait prévaloir une théorie de l'apparence d'inspiration britannique (Stéphanie GANDREAU, « La théorie de l'apparence en droit administratif : vertus et risques de l'importation d'une tradition de Common Law », *RDP* 2005.319). De l'autre côté, même si l'on se félicite que l'arrêt *Kress* précise que « la création et l'existence même de la juridiction administrative peuvent être saluées comme l'une des conquêtes les plus éminentes d'un État de droit », c'est toute la conception de cette juridiction qui paraît menacée. En atteste, le plaidoyer de Didier CHAUVAUX et Jacques-Henri STAHL (maîtres des requêtes au Conseil d'État), *AJDA* 2005.2116. « Faut-il alors, concluent-ils, affaiblir les garanties réelles de la justice pour satisfaire à une conception exacerbée des apparences ?... les conclusions remplissent un rôle somme toute analogue à celui dévolu, dans d'autres systèmes juridiques, aux opinions dissidentes ». Si le dialogue des juges a échoué, surenchérit Jean-Yves MADEC, Président de chambre à la CAA de Bordeaux (Tribune *AJDA* 2006.113, relative au décret du 19 déc. 2005), peut être ce texte ouvre-t-il le temps de leur confrontation. On verrait alors le Conseil d'État cesser de se soumettre progressivement à la jurisprudence de la Cour ».

Dossier 3

Les sources du droit administratif

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Le développement du contrôle juridictionnel de l'Administration est allé de pair avec l'affirmation de l'autonomie du droit administratif et sa systématisation. En effet, le juge administratif ne fait jamais que contrôler le respect de **normes** dont la violation est invoquée à l'appui de recours contentieux. Toutes ces normes sont les **sources du droit administratif** [1]. D'une certaine façon, elles sont le droit administratif.

Le contrôle et le droit qui en résulte n'empêchent pas l'Administration, en tant qu'elle fait partie du pouvoir exécutif, d'assurer l'exécution des lois et, plus généralement, d'être chargée de la satisfaction des besoins d'intérêt général : il paraît normal qu'elle exerce la *puissance publique* (§ 1). Mais ils signifient qu'elle n'est pas pour autant soustraite au respect du droit : le *principe de juridicité* domine son statut actuel (§ 2).

§ 1. La puissance publique

Pour accomplir ses missions, l'Administration dispose de moyens spécifiques. Trois de ses *prérogatives* sont ainsi traditionnellement mises en avant : la prérogative de l'action unilatérale (a), la prérogative de l'exécution provisionnelle (b), la prérogative de l'exécution forcée (c).

a) Elle peut prendre des décisions qui s'imposent aux administrés même contre leur volonté : ce sont des **actes unilatéraux.** Par exemple, le maire a compétence pour interdire aux automobilistes de stationner le long d'une voie publique sans avoir obtenu l'accord des riverains.

b) Si les intéressés contestent la régularité de ces actes, ceux-ci n'en restent pas moins en vigueur tant qu'ils n'ont pas été expressément annulés soit par une autorité

---

1. Tout au moins sont-elles ce que les juristes appellent les « *sources formelles* » ou encore les « *procédés de création* ». Elles ne préjugent pas de ce que sont ses « sources matérielles » (les considérations dont il procède, les aspirations auxquelles il tente de répondre).

administrative, soit par le juge. L'exécution qui intervient alors *aux risques et périls de l'Administration* est une **exécution provisionnelle :** elle est poursuivie nonobstant la contestation de l'acte en justice (sous réserve de l'hypothèse d'une suspension de l'exécution ordonnée par le juge des référés). Ainsi, lorsqu'un permis de construire paraît irrégulier aux voisins de la parcelle sur laquelle l'immeuble doit être bâti, ceux-ci peuvent en demander l'annulation mais leur recours n'empêche pas les travaux de commencer.

c) Enfin, dans certains cas, les autorités administratives ont le droit d'utiliser la **force publique** pour assurer la concrétisation de leurs volontés. Elles procèdent à l'*exécution forcée* (on dit aussi l'exécution d'office) de leurs décisions : par exemple, elles font enlever un véhicule en stationnement interdit.

S'ajoute à ces prérogatives le fait que l'Administration apparaît disposer de certaines « *protections* ». Elle échappe assez largement au contrôle du juge judiciaire, étant principalement soumise à celui de juge administratif, souvent présenté comme plus proche de l'Administration. De plus, les personnes publiques sont soustraites aux voies d'exécution du droit privé [1]. Seules peuvent être mises en œuvre des règles spéciales pour assurer l'exécution des décisions du juge [2].

Les juristes ont toujours eu tendance à beaucoup insister sur ces prérogatives et « protections », par conséquent, sur le *pouvoir administratif :* l'image qu'ils peignent alors des administrations est celle de « personnages puissants » [3]. De véritables « privilèges » les opposeraient, notamment, aux personnes privées : si celles-ci peuvent, dans certains cas, imposer à autrui des droits ou des obligations, elles ne sauraient passer outre à une contestation de leurs partenaires, mais doivent, pour l'écarter, saisir un juge, et elles ne disposent évidemment pas de la force publique.

Ce statut privilégié est en réalité artificiellement grossi. La puissance publique n'est en aucune manière « cette sorte d'absolu, cette puissance inconditionnelle, tutélaire et mystérieuse, qui ne doit rien à personne ni à autre chose qu'elle-même en sa souveraineté totale et parfaite » [4]. À côté de prérogatives qui doivent être relativisées [5], existent ainsi bien des *sujétions* administratives, et d'abord une sujétion globale : l'obligation de respecter l'ensemble de l'ordre juridique.

§ 2. LE PRINCIPE DE JURIDICITÉ

L'Administration, quelle que soit sa puissance, est soumise au droit, à tout le droit et non seulement aux lois votées par le Parlement. Les autorités administratives ne sauraient pas même violer leurs propres décisions : *legem patere quam ipse facisti*, selon l'adage [6]. Tel est le principe de juridicité. Il signifie qu'il y a obligation d'agir conformément aux

---

1. *Infra*, p. 404 (Dossier sur les biens).
2. *Supra*, dossier 2, p. 62.
3. Expression de M. Hauriou, *Précis de droit administratif,* Sirey, 1927, 11e éd. (préface).
4. É. Picard, « L'impuissance publique en droit », *AJDA* 20 juill. 1999, no spécial *Puissance publique ou impuissance publique ?,* p. 11 (description ici d'une « théorie classique de la puissance publique », en prélude à une théorie renouvelée dans le cadre de l'État de droit : « car la puissance publique, même souveraine, est posée par le droit, même si elle-même pose du droit »).
5. *Infra*, dossier 10, chapitre 2, p. 481.
6. « Respecte la règle que tu as toi-même édictée ».

différents éléments de l'ordre juridique. Toute violation est une irrégularité susceptible, sous certaines conditions, d'être sanctionnée.

L'objectif de cette soumission de l'Administration à l'ordre juridique est, en premier lieu, d'assurer la protection des libertés publiques. L'État contemporain n'est plus un *État de police :* c'est un *État de droit.* Un État dont la puissance est limitée par les droits fondamentaux que consacre la Constitution [1].

Sous la Troisième République, Carré de Malberg pouvait considérer que la France n'appliquait pas vraiment le régime d'État de droit. Il n'y avait, estimait-il, qu'« État légal », notamment parce qu'en l'absence de recours la primauté de la Constitution sur la Loi n'était pas assurée [2]. Dans cet « État légal », logiquement, l'Administration apparaissait soumise à un principe de légalité. Le droit, en quelque sorte, c'était la Loi. Aujourd'hui encore, dans la terminologie habituelle, la liaison de l'action administrative par l'ordre juridique n'est pas appelée *principe de juridicité*, comme il convient, mais *principe de légalité*.

Cette dernière expression devrait être évitée pour trois raisons principales [3]. En premier lieu, la légalité évoque dans le langage commun l'ensemble des lois strictement entendues et non pas toutes les règles de droit. En second lieu, historiquement, les deux principes (celui de *légalité* et celui de *juridicité)* sont bien distincts : les juristes libéraux du XIXe siècle qui, en Europe continentale, combattirent pour l'État de droit, entendaient la loi comme la seule règle posée par le Parlement et voulaient assurer la suprématie de ce dernier sur l'Administration (plus généralement sur le pouvoir exécutif) ; le but visé est singulièrement plus complexe s'agissant de l'avènement du large principe de juridicité. En troisième lieu, mêler dans une pseudo-légalité les lois et les règlements falsifie l'analyse juridique : à l'égard de la loi, l'Administration est beaucoup plus contrainte qu'à l'égard des règlements car si elle peut abroger ou modifier les règles qui émanent d'elle-même, elle est pratiquement impuissante en présence de celles qui sont l'œuvre du Parlement.

En somme, le **principe de légalité** correctement défini signifie que l'Administration doit respecter les lois et il est inclus dans un principe plus large : le **principe de juridicité.** Celui-ci signifie que, dans toute son action, l'Administration doit respecter le cadre établi

---

1. Les deux expressions — État de police et État de droit — sont empruntées à la terminologie juridique allemande : *Polizeistaat, Rechstaat.* Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la première ne désigne pas ici une dictature policière, n'est pas synonyme d'« État policier ». Dans le vocabulaire technique du juriste, l'État de police est seulement l'État qui ne consacre pas de droits pour les particuliers à l'égard de la puissance publique. Concernant l'État de droit, v. J. Chevallier. *L'État de droit,* La Documentation française, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 898, mars 2004 ; ainsi que diverses contributions des *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant,* intitulés précisément « L'État de droit », Dalloz, 1996. Et, A. Barilari, *L'État de droit : réflexion sur les limites du juridisme,* LGDJ, Systèmes, 2000 ; O. Jouanjan (dir.), *Figure de l'État de droit. Le* Rechstaat *dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, P.U. de Strasbourg, 2001 ; L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002.

2. Outre les travaux précités de J. Chevallier, et la citation de Carré de Malberg, *supra,* p. 6, note 1, v. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914),* Economica, 1992.

3. Qu'elle ne le soit toujours pas est assez révélateur de la manière dont fonctionne parfois, comme tout langage sans doute, le langage juridique : entre une expression correcte et une autre approximative, on préfère l'approximative, tout en sachant plus ou moins qu'elle est approximative, pour des raisons qui sont avant tout historiques et symboliques.

par l'ensemble de l'ordre juridique (lequel l'habilite à agir, fixe des procédures, pose des garanties pour les administrés, etc.).

La soumission à l'ordre juridique se traduit par une *exigence de non-contrariété* entre les actes édictés par l'Administration et les normes qui leur sont supérieures. Cette non-contrariété peut s'exprimer en termes de *compatibilité* ou de *conformité*. Selon les cas, en effet, les règles qui déterminent les pouvoirs des autorités administratives sont plus ou moins contraignantes. Il est certain que l'idée de conformité se rapporte aux cas dans lesquels les actes de l'Administration sont prédéterminés dans une norme supérieure, alors que l'idée de compatibilité évoque un rapport plus souple entre les normes. En réalité, il ne faut pas donner trop d'importance à la distinction. Selon le Doyen Vedel, le rapport de conformité vise seulement une plus grande « densité des exigences des normes de référence », et n'est qu'un cas particulier du rapport de compatibilité : « Autrement dit le recours au couple compatiblité-incompatibilité est nécessaire et suffisant pour mener à bien le contrôle de validité dans un système normatif hiérarchisé » [1].

Il est assez facile de déterminer concrètement les **normes que l'Administration est tenue d'appliquer ou du moins de respecter** pour chacune de ses actions :

– la Constitution,

– les normes internationales (traités ou accords, droit communautaire),

– les lois,

– les décisions de justice et la jurisprudence, en particulier, les principes généraux du droit,

– les normes administratives (règlements, décisions individuelles ou particulières, contrats) [2].

Plus complexe apparaît être la **hiérarchie** que forment les normes au sein de l'ordre juridique. Pour l'essentiel, dit-on, elle dépend d'une hiérarchie des organes : la différence de puissance entre les autorités entraîne une différence de puissance entre leurs actes. C'est en partie vrai. L'acte du constituant s'impose au législateur, lequel l'emporte sur les autorités administratives. Reste malgré tout, à raisonner ainsi, beaucoup d'incertitude. Sans parler du rapport entre la Constitution et les normes internationales ou communautaires, comment, par exemple, parmi les normes administratives, classer les actes d'une même autorité ? Sont-ils ou non toujours de même valeur [3] ?

Quoi qu'il en soit, l'ensemble est en **perpétuelle transformation**. *Ces normes ont en commun d'évoluer sans cesse, à commencer par la Constitution.* Signe sans doute de l'usure du temps, les lois constitutionnelles modifiant le texte de 1958 se sont, ces dernières années, multipliées. Depuis la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 (concernant les conséquences de l'adoption du traité sur l'Union européenne) et toutes celles qui ont suivi, les modifications ont été telles qu'elles ont contribué à alimenter un débat permanent sur la nécessité de remplacer la Constitution elle-même.

---

1. G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, p. 57 et n° 2, 1997, p. 7. Comparer avec l'étude, qui reste fondamentale, de C. Eisenmann, « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE* 1957.27.
2. Peut-être faudrait-il ajouter la coutume administrative. V. *infra,* p. 142.
3. V. *infra,* p. 114 (sur les engagements internationaux) et p. 479 (sur les actes administratifs).

Tout le droit administratif est, de même, essentiellement mouvant : il est très éloigné d'un ensemble de normes figées dès leur apparition. C'est pourquoi l'obsolescence de leurs connaissances guette tous ceux qui voudraient apprendre ce droit au lieu de le comprendre (de saisir ce qu'est le raisonnement juridique, tout en s'interrogeant sans cesse sur ces fondements) [1]. *N'est-il pas trop changeant ?* L'« inflation normative » pose problème parce qu'elle est source d'insécurité juridique [2].

---

1. La réflexion sur les fondements reste, pour le juriste, l'une des questions essentielles, en droit administratif comme en toute branche du droit. V. P. Legendre : « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », dans *Trésor historique de l'État en France,* Fayard, 1992 ; *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, 1999 ; ainsi que les différentes *Leçons,* depuis 1985, aux éditions Fayard (9 volumes parus) et *De la Société comme Texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Fayard, 2001. Pour une introduction à cette œuvre majeure mais difficile d'accès : *La fabrique de l'homme occidental* et *Miroir d'une Nation. L'École nationale d'Administration*, Mille et une nuits/Arte, n° 129 et n° 249, 1996 et 1999 ; *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Mille et une nuits/Les quarante piliers, 2004. Côté philosophie du droit, par exemple : S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l'ordre juridique,* PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 1992.

2. V. *Pour approfondir*, p. 176.

Chapitre 1

La Constitution

Le texte de la **Constitution du 4 octobre 1958**, a écrit René Capitant, est le « texte le plus mal rédigé de notre histoire constitutionnelle, inférieur même à la Constitution de 1946 » [1]. Cela n'a pas empêché la Ve République de durer. Ce régime est né de l'impuissance de son prédécesseur à régler le problème colonial et, plus précisément, à en finir avec la guerre d'Algérie. Ses principales caractéristiques reflètent soit la volonté du général de Gaulle telle qu'il l'avait exprimée dans le célèbre discours de Bayeux, le 16 juin 1946, soit les concessions qu'il dut accepter pour revenir au pouvoir. Le fondateur de la Ve a été obligé d'admettre la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale c'est-à-dire le maintien du *parlementarisme*. Mais il tint à renforcer considérablement les *pouvoirs du président de la République* (élu au suffrage universel direct depuis 1962) ainsi que ceux du gouvernement proprement dit, et, symétriquement, le rôle du Parlement fut amoindri [2].

Le respect de la Constitution s'impose évidemment à tous les organes de l'État et notamment à toutes les autorités administratives (Section 1). D'ailleurs, certaines de ses dispositions les concernent directement (Section 2).

Section 1
La Constitution dans l'ordre juridique

La Constitution est formée par l'ensemble des dispositions qui occupent le sommet de la hiérarchie des normes dans l'ordre interne. Au-delà, il n'y a rien. Il paraît même difficile d'imaginer ce que pourrait être, dans le droit positif, une *supraconstitutionnalité* [3].

---

1. Préface à L. Hamon, *De Gaulle et la République*, 1958, repris dans René Capitant, *Écrits constitutionnels*, CNRS, 1982, p. 362. Cité par O. Beaud (« Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* 2001.1187), qui pose alors le problème du contenu et de l'interprétation de cette Constitution : faut-il ou non considérer que la réponse à tout problème de constitutionnalité se trouve dans le texte lui-même ?

2. V. les ouvrages cités, p. 69, note 1.

3. V., à cet égard, après différents articles où il a « tenté de développer une problématique de la *supraconstitutionnalité* », les conclusions de S. Rials : « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme », *Le Débat*, n° 64 (Le droit contre la politique ?), mars-avr. 1991, p. 163. Aussi évidente qu'elle puisse paraître en droit interne, l'absence de toute supraconstitutionnalité n'en reste pas moins l'objet de certaines controverses. Ainsi, à propos de la distinction entre pouvoir constituant dérivé

L'application de ce principe d'après lequel la Constitution l'emporte sur tout et s'impose à tous pose deux questions principales : vaut-il pour l'ensemble de la Constitution et, en particulier pour son Préambule (§ 1) ? Comment est-il, d'autre part, sanctionné (§ 2) ?

§ 1. Le Préambule

Si l'on fait abstraction de son second alinéa qui a perdu toute actualité, le Préambule se résume en la formule suivante : « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ». En fait ces quelques lignes sont d'une très grande ampleur et leur valeur juridique mérite d'autant plus de retenir l'attention.

A. Le contenu du Préambule

Le Préambule maintient en vigueur deux textes anciens : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Il leur a ajouté une Charte de l'environnement en 2004.

I. La Déclaration de 1789

Le 26 août 1789, « en présence et sous les auspices de l'Être suprême », les représentants du peuple français constitués en Assemblée nationale reconnaissent et déclarent les droits fondamentaux de l'*individu* et dégagent du même coup une certaine conception de l'État [1].

« Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », affirme l'article premier. La **liberté** dont il est question est définie plus loin : elle « consiste à pouvoir faire

---

et pouvoir constituant initial – et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question (R. Badinter, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », *Mélanges Jacques Robert,* « Libertés », Montchrestien, 1998, p. 217). De même, en conséquence du développement de l'Union européenne. Ne ressort-il pas de la jurisprudence de la CJCE que les normes communautaires, originaires ou dérivées, doivent, en principe, l'emporter sur toutes les normes internes, y compris les dispositions constitutionnelles ? V. là, néanmoins, les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, *infra*, p. 114 – Et parmi de multiples commentaires, celui de D. Alland (*RFDA* 1998.1094 ; cité par C. Maugüe, *RFDA* 2005.30) : « toute l'ingéniosité du monde ne permettrait pas de trouver le moyen pour une constitution ou un de ses organes constitués de placer le droit international au-dessus d'elle-même. D'où leur viendrait la puissance de lévitation permettant de hisser la valeur de quelque norme que ce soit hors de leur propre portée ». A raisonner ainsi, dans l'ordre interne, la Constitution semble bien devoir primer sur toute autre norme. D'elle seule peut procéder la place assignée aux traités et au droit dérivé dans la hiérarchie des normes.

1. À l'occasion du bicentenaire de la Révolution française, de nombreuses études ont été consacrées à la Déclaration de 1789. En particulier, a été rediscutée la question très complexe de ses origines et sources. V., par exemple, avec chaque fois diverses contributions : *Droits*, 1988, n° 8 ; *RDP* 1989.607. *Adde : La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789,* Actes du colloque des 25 et 26 mai 1989, PUF, « Recherches politiques », 1989 ; S. Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1989 ; G. Conac, M. Debene, G. Teboul (dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993.

tout ce qui ne nuit pas à autrui ». Elle comprend diverses formes correspondant à des « libertés publiques » : la sûreté individuelle d'abord, c'est-à-dire le droit de n'être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ; la liberté des opinions « même religieuses » et la liberté d'expression, tout citoyen pouvant « parler, écrire, imprimer librement » ; la propriété privée « droit inviolable et sacré ». Quant à l'**égalité,** elle n'est pas seulement juridique mais elle comporte également des aspects concrets très précis : abolition des privilèges, égalité devant la loi, égal accès à tous les emplois publics, égalité devant l'impôt. Cela dit, les révolutionnaires n'envisagent pas une égalité de fait : ils consacrent les inégalités des « vertus » ou des « talents » ainsi que des fortunes.

En face de ces individus, « *l'association politique* » a pour but « la conservation de leurs droits, ce qui leur permet d'accéder au bonheur », idée neuve comme le souligne Saint-Just. « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la **Nation** ». La **séparation des pouvoirs** est une condition nécessaire de l'existence d'une Constitution. La volonté générale s'exprime dans la **Loi** qui est, en somme, la charnière entre la liberté et la société politique. Cette Loi (présentée avec une majuscule) est omniprésente. Elle limite les droits naturels, elle définit les délits et les peines, elle détermine les exigences de l'ordre public, elle assure l'égalité. Elle n'est pourtant pas omnipotente : par exemple, elle « ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

II. Le Préambule de 1946 [1]

La Constitution du 27 octobre 1946 ne s'ouvre pas par la déclaration que certains auraient voulu substituer au vieux texte de 1789, contrairement au projet rejeté par un référendum le 5 mai 1946. Toutefois, le Préambule, qui s'est révélé ultérieurement d'une grande importance, souligne d'emblée qu'« au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Le Conseil constitutionnel s'y est référé pour la première fois en 1994, pour affirmer que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation » est un principe à valeur constitutionnelle [2]. Ensuite, le Préambule réaffirme « les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » ; et il proclame des « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ».

Les **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** sont ici réaffirmés à la suite d'un amendement issu du MRP (démocratie chrétienne), peut-être

---

1. J. Rivero et G. Vedel, *Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27* octobre *1946*, collection « Droit social », XXXI, Librairie sociale et économique, 1947 et dans *Pages de doctrine*, t. 1, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », LGDJ, 1980, p. 93 ; CURAPP, *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques,* PUF, 1996 ; G. Conac, X. Prétot, G. Teboul (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, 2001.
2. CC 27 juill. 1994 (*JO* 29 juill.) (lois relatives à la bioéthique). Et sur ce principe très controversé, par exemple : trois études de B. Mathieu, H. Moutouh, B. Jorion, dans *RDP* 1999.93, 159, 197 ; ainsi que O. Cayla, Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, « Le débat », Gallimard, 2002 (notamment p. 47 et s., « La dignité de la personne humaine contre les droits de l'homme »).

pour insister sur la continuité historique et combler une lacune, en quelque sorte, entre 1789 et 1946 en évoquant l'œuvre libérale de la IIIe République, peut-être aussi pour que fût ainsi inséré dans le texte le principe de la dualité de l'enseignement (public et privé). Toujours est-il que la formule n'est pas claire et les commentateurs considéraient volontiers qu'elle était dépourvue de toute valeur pratique. Pourtant, le Conseil constitutionnel a donné une grande importance à cette notion : ont été considérés comme principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, d'abord le principe de la *liberté d'association* (1971) qui a inauguré cette jurisprudence, puis les principes des *droits de la défense* (1976), de la *liberté individuelle* (1977), de la *liberté de conscience* (1977), à vrai dire proclamée directement par la Déclaration de 1789, de la *liberté d'enseignement* (1977), de l'*indépendance des professeurs d'université* (1984) [1], de l'*indépendance des juridictions administratives* (1980) ainsi que de leur *compétence exclusive en matière d'annulation ou de réformation d'actes de la puissance publique* (1987), de l'*autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière* (1989). De plus, le Conseil d'État a consacré lui aussi en 1996 un nouveau principe « *selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique* » [2]. La liste n'est sans doute pas définitive [3]. Il s'agit toujours de principes essentiels dégagés de textes législatifs adoptés par un Parlement républicain et antérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 [4]. Ces principes acquièrent donc une valeur constitutionnelle : en conséquence, ils ne pourraient être modifiés ou abrogés que par une révision de la Constitution.

Les **principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps** correspondent quant à eux à une innovation articulée autour de cinq thèmes :

– insistance sur l'égalité juridique, en premier lieu, *l'égalité de l'homme et de la femme ;*

– prise en considération de la nécessité de *combattre les inégalités de fait* par des actions correspondant à de véritables créances sur la société : la Nation doit assurer à tous « les conditions nécessaires à leur développement » (santé, repos, loisirs, instruction, formation professionnelle, culture...) ;

– présentation d'un *statut du travailleur* (droit du travail, liberté syndicale et droit de grève, participation à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion de l'entreprise) ;

---

1. V. C. Moniolle, « Indépendance et liberté d'expression des enseignants-chercheurs », *AJDA* 2001.226.
2. CE 3 juill. 1996, *M. Koné*, *RFDA* 1996.870, concl J.-M. Delarue et différents commentaires ; *GAJA* n° 103 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, « La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge : la contribution de l'arrêt *Koné* du Conseil d'État à l'analyse de la hiérarchie des normes en matière de droits fondamentaux », *D.* 1997, chron. 219. Et, *infra*, p. 114, sur la portée de l'arrêt *Koné*.
3. Dans des décisions du 29 août 2002 (*JO* 10 sept. ; comm. J. Roux, *RDP* 2002.1371) et du 2 mars 2004 (*JO* 10 mars), le Conseil constitutionnel a encore dégagé la « portée du principe fondamental reconnu par les lois de la République *en matière de justice des mineurs* ».
4. B. Genevois, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 1998.477 ; N. Merley, « La non-consécration par le Conseil constitutionnel de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA* 2005.621.

– affirmation de l'*obligation de nationaliser* « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait » ;

– supériorité du *droit international*, engagement de ne pas entreprendre une guerre de conquête, proclamation du droit d'asile pour « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ».

III. La Charte de l'environnement

L'ajout au terme duquel le peuple français proclame son attachement aux **droits et devoirs** de la nouvelle Charte a été fait sans que ce peuple ne soit consulté [1] ! Côté droits, est reconnu le droit de « chacun » à « vivre dans un *environnement équilibré et respectueux de la santé* » (article 1), le droit, en la matière, de « toute personne » à l'*information* et à la *participation* (article 7). Plus généralement, il est précisé que « les politiques publiques doivent promouvoir un *développement durable* », étant entendu qu'à cet effet « elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » (article 6). Ainsi consacré, le développement durable n'a pas seulement un aspect environnemental. Il s'articule autour de deux autres piliers qui sont le développement économique et le progrès social. Côté devoirs, sont constitutionnalisés deux des axes fondamentaux du droit de l'environnement : l'obligation *d'anticipation des risques* environnementaux (par la prévention et l'application du principe de précaution) et l'obligation de *réparation des dommages* environnementaux [2].

B. La valeur juridique du Préambule

Si l'on admet que la Déclaration de 1789 « a été rédigée [...] dans une perspective qui relevait encore d'un droit naturel bien éloigné du positivisme moderne », la question de sa valeur juridique apparaît d'abord avoir été posée et réglée en des termes très particuliers qui ne sont plus ceux d'aujourd'hui : « [...] *pour ses auteurs,* non seulement la Déclaration des droits avait une valeur supraconstitutionnelle, car elle était censée énoncer des vérités objectives et non des normes juridiques, mais cette valeur n'était pas susceptible d'être modifiée par son incorporation éventuelle au texte même de la Constitution » ; il y avait une hiérarchie entre la Déclaration et la Constitution ; l'une devait l'emporter sur l'autre en cas de contradiction ou de difficulté d'interprétation [3].

Au XIXe siècle, la Déclaration de 1789 a fini par prendre plutôt une valeur morale et pédagogique [4]. Ainsi, sous la *Troisième République*, les lois constitutionnelles de 1875 ne lui font pas la moindre place. Il n'empêche que ses principes sont peu à peu concrétisés

---

1. Par la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 (promulguée après adoption par le Congrès) (*JO* 2 mars).
2. V. *infra*, p. 602 ; *Rev jur. env.*, n°spécial 2005, « la charte constitutionnelle de l'environnement » (colloque en collaboration avec la Cour de cassation, 20-21 juin 2005).
3. G. Bacot, « La déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *RDP* 1989.685.
4. C. Nicolet, *L'idée républicaine en France* (1789-1924). *Essai d'histoire critique*, Gallimard, « Bibl. des histoires », 1982, p. 349 et s.

par des lois ou des règlements et qu'ils fascinent les juristes au point que certains d'entre eux estiment — évidemment à tort — qu'ils restent en vigueur [1].

Sous la *Quatrième République*, la Constitution est précédée d'un Préambule qui « réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des Droits de 1789 » et qui complète cette dernière. Elle précise, dans ses articles 91 et 93, que le Comité constitutionnel n'examine si les lois votées « supposent une révision de la Constitution » que par rapport aux titres mêmes du texte et non pas par référence au Préambule : en d'autres termes, le contrôle de constitutionnalité institué en 1946 et qui, pratiquement, n'a jamais fonctionné, ne saurait être fondé sur la violation des droits individuels ou collectifs. Cette restriction importante explique sans doute l'attitude du juge administratif qui se caractérise alors par deux traits majeurs : tout d'abord, il série dans les prescriptions du Préambule celles qui ne sont pas assez précises pour être de véritables règles de droit et celles qui sont assez rigoureuses pour avoir une réelle portée juridique ; ensuite, dans le premier cas tout au moins, il préfère extraire du texte des principes généraux du droit dont la violation lui permet d'annuler un acte administratif, plutôt que d'appliquer directement une disposition du Préambule [2].

Sous la *Cinquième République*, le débat est clos : il ne faut faire *aucune différence entre le Préambule et la Constitution proprement dite*, quant à leur valeur juridique. Cette solution parfaitement claire résulte évidemment de la jurisprudence du **Conseil constitutionnel** qui a eu l'occasion de préciser en 1982 que, « par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ». Elle est consacrée par le Conseil d'État et par la Cour de cassation. Voudrait-on, d'ailleurs, opérer des distinctions que cela ne serait guère possible, sinon en la forme, du moins quant au fond : ainsi les articles 4 (sur les partis politiques) et surtout 66 (sur la sûreté individuelle) paraissent être des *éléments du Préambule* perdus dans le texte même de la Constitution. Il n'y a même plus à distinguer entre les dispositions du Préambule selon leur précision. Toutes sont des dispositions constitutionnelles comme les articles de la Constitution.

§ 2. Les contrôles de constitutionnalité

Tous les juges sont *gardiens de la Constitution.* En particulier, les **juridictions administratives,** saisies d'un recours pour excès de pouvoir, peuvent être conduites à annuler des décisions des autorités administratives qui ne seraient pas conformes à la Constitution ou à son Préambule : tel est le cas, par exemple, d'un règlement qui se substituerait à une loi dans les matières énumérées à l'article 34. Mais la France, ayant adopté une sorte de *dogme de la souveraineté de la loi,* n'avait pas organisé, à l'encontre de celle-ci, un contrôle spécifique de constitutionnalité avant 1958. C'est la nouvelle

---

1. Sur la IIIe, l'exposé le plus intéressant est probablement celui d'Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 1921 (septième édition revue par H. Nézard), p. 560 ; on notera aussi d'excellentes « formules » (« La Constitution de 1875 n'est qu'un code de procédure ; elle est muette sur les principes. On considère généralement que les principes de 1789 sont toujours en vigueur mais il et difficile, dans l'état actuel des choses, de les regarder comme des règles juridiques ») dans J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz 1933, p. 195.
2. V., avec la jurisprudence citée (notamment l'arrêt *Dehaene* de 1950), R. Chapus, « L'Administration et son juge. Ce qui change », *EDCE* 1992, n° 43, p. 259.

Constitution qui crée un **Conseil constitutionnel** dont le rôle principal est précisément d'imposer le respect de la « loi fondamentale » au *législateur* comme d'autres instances le faisaient déjà à l'égard de l'Administration [1].

A. Les juridictions administratives

Le contrôle n'a là rien de particulier. Une norme administrative est confrontée à la norme supérieure qui est la Constitution. Tout au plus faut-il souligner que ce contrôle — qui ne date pas de 1958 — tend à être aujourd'hui beaucoup plus systématique. Par exemple, les principes généraux du droit, tout en conservant un rôle essentiel, parfois font place à des dispositions constitutionnelles de même contenu [2]. Un problème spécifique se pose néanmoins lorsqu'une loi s'intercale, fait écran, entre la Constitution et l'acte attaqué. Ce problème, dit de l'*écran-législatif,* vient de ce que le juge administratif ne contrôle pas la constitutionnalité de la loi : s'il est saisi d'un recours contre un acte d'application d'une loi, il ne peut que le contrôler au regard de celle-ci. Ce qui fait que, si la loi est contraire à la Constitution, il doit considérer comme régulier l'acte administratif alors même qu'il est lui aussi, par voie de conséquence, contraire à la Constitution [3].

B. Le Conseil constitutionnel

Une telle juridiction bouleverse les traditions françaises et fait songer à une *Cour suprême* à la manière de celle des États-Unis d'Amérique. Celle-ci comprend neuf juges inamovibles nommés à vie par le président des États-Unis avec l'acquiescement du Sénat. Parmi eux, le *Chief Justice*, président de la Cour, est le second personnage de l'État. Le rôle de cette juridiction est de faire respecter la répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés et aussi de contrôler la constitutionnalité des lois : à cet égard, le Chief Justice John Marshall, en 1803, dans l'affaire *Marbury c/Madison,* affirma que si, dans un procès, le juge constate une contradiction entre la Constitution et la loi, il doit faire prévaloir la norme supérieure, c'est-à-dire la norme constitutionnelle. Longtemps, les juges américains n'usèrent qu'avec modération de ce pouvoir mais ils devinrent peu à peu beaucoup plus audacieux : alors fut dénoncée « l'oligarchie judiciaire » ou « le gouvernement des juges » qui réussissait à faire échec aux aspirations nouvelles, aux lois qui

---

1. Sur les rapports entre le contrôle de constitutionnalité des lois et le recours pour excès de pouvoir : G. Vedel, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif », *Les Cahier du Conseil constitutionnel*, n°s 1 et 2, Dalloz, 1996 et 1997. Sur l'historique du contrôle de constitutionnalité : M. Borgetto, « La genèse du contrôle de constitutionnalité des lois en France (1789-1958) », *Revue Administration,* n° 177, déc. 1997, p. 19.

2. V. R. Chapus, art. cité ci-dessus. Il prend l'exemple de la jurisprudence *Barel* (*supra*, p. 54) : en 1954, il y avait eu annulation, par le Conseil d'État, « sur le fondement, simplement (si on peut dire) du « principe de l'égalité de l'accès de tous les français aux emplois et fonctions publics » ; or depuis quelques années, il statue en se fondant expressément sur le « principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ».

3. V. l'exemple des peines d'emprisonnement en matière de contravention (V. *infra*, note p. 101, note 1). Pour un cas d'« écran transparent » n'empêchant pas le contrôle de constitutionnalité : CE 17 mai 1991, *Quintin*, *RDP* 1991.1429, concl. R. Abraham.

n'avaient pas l'agrément de la Cour suprême, aux réformes [1]. Toutefois, la Cour suprême et le Conseil constitutionnel présentent de grandes différences tant du point de vue historique que du point de vue juridique [2]. La Cour suprême est *l'instance supérieure d'un pouvoir judiciaire* et donc les procédures et modes de saisine sont bien distincts de ceux d'une Cour constitutionnelle séparée du système juridictionnel de droit commun. À cet égard, le Conseil constitutionnel ressemble davantage aux Cours créées en Europe au xxe siècle et présentant elles-mêmes une grande diversité quant à l'étendue de leurs fonctions et à leur composition [3].

Le *Conseil constitutionnel* comprend des **membres de droit** — les anciens présidents de la République — et des **membres nommés** — au nombre de neuf, trois par le président de la République qui choisit le président du Conseil constitutionnel, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat, — pour une durée de neuf ans sans renouvellement possible de leur mandat.

Le Conseil constitutionnel exerce des compétences diverses, parmi lesquelles le contrôle de constitutionnalité des textes, et plus particulièrement des lois, a pris une importance considérable.

I. Les textes soumis au contrôle de constitutionnalité

Selon les textes, le Conseil constitutionnel **peut ou doit être saisi.**

– Peuvent lui être déférés, les *traités ou accords internationaux* (art. 54 de la Constitution) et, avant promulgation, les *« lois ordinaires »* (art. 61) ; les lois référendaires, en revanche, d'après la jurisprudence du Conseil, échappent à tout contrôle, de même que les lois constitutionnelles [4].

---

1. V. E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, « Droit fondamental », 2000. Plus précisément : D. Custos, « La Cour Suprême américaine et la liberté d'avortement », *RDP* 1995.1119 ; « Liberté d'expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet selon la Cour suprême des États-Unis », *RDP* 1997.1637 ; G. Calves, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis*, LGDJ, « Bibl. constit. », t. 86, 1998.
2. La différence entre le Conseil constitutionnel français et une Cour suprême serait atténuée si le premier recevait la mission de statuer sur des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées par des particuliers devant toute juridiction, comme le prévoit un projet de réforme de la Constitution voté par l'Assemblée nationale et le Sénat (en des termes différents) en 1990 (B. du Granrut, « Faut-il accorder aux citoyens le droit de saisir le Conseil constitutionnel ? » *RDP* 1990.309, et, *ibidem*, F. Luchaire, « Une réforme constitutionnelle différée : le contrôle de la loi promulguée sur renvoi des juridictions », p. 1625). Avec cette réforme, serait aussi réglé le problème de l'écran législatif. *Adde* : Denys de Béchillon, « Élargir la saisine du Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs* 2003, n° 105, p. 103.
3. M. Fromont, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », *Mélanges Gérard Conac*, Economica, 2001, p. 167. Et par exemple : H. Roussillon, *Le Conseil constitutionnel,* Dalloz, « Connaissance du droit », 5e éd., 2004 ; L. Favoreu, L. Philip, *Le Conseil constitutionnel,* PUF, « Que sais-je ? », 14e éd., 2001 ; L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* (*GDCC*), Dalloz, 13e éd., 2005 *Adde,* pour une illustration de ce qu'a d'abord été l'institution et pour mesurer le chemin parcouru : G. Dupuis, J. Georgel, et J. Moreau, *Le Conseil constitutionnel,* Armand Colin, « U 2 », 1970.
4. V. *infra*, p. 130. D'autre lois, qui ne sont pas des lois parlementaires, peuvent faire l'objet d'un contrôle. Il s'agit, sur le fondement de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie (Titre XIII de la Constitution) des « lois du pays » adoptées par l'assemblée délibérante de cette collectivité territoriale à statut particulier. V. CC 27 janv. 2000 (1re décision rendue), *AJDA* 2000.252, notes J. É. Schoettl et O. Gohin ; et, *infra*, p. 127, sur les lois de pays. Peut également être contrôlée la

– Doivent l'être, *les lois organiques* et les *règlements des assemblées parlementaires* (art. 61).

– Doivent l'être aussi, dans un cas précis, les *textes en forme législative* (art. 37.2) : si un texte a été voté par le Parlement en dehors du domaine affecté à la loi par l'article 34 de la Constitution, il est « en forme législative » mais il est de nature réglementaire ; s'il est entré en vigueur avant 1958, il peut, après consultation du Conseil d'État, être modifié, voire abrogé, par décret, mais s'il a été publié postérieurement à la Constitution, cette modification ou cette abrogation supposent une décision du Conseil constitutionnel attribuant à la pseudo-loi en question un caractère réglementaire.

II. Le développement du contrôle des lois [1]

Pour le contrôle des lois ordinaires, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, ou, depuis 1974, par soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans ce contrôle des lois, trois aspects importants sont à souligner : les normes de référence, la portée du contrôle et l'autorité des décisions.

a) Les normes de référence

Le Conseil constitutionnel contrôle la conformité des textes qui lui sont soumis aux *articles de la Constitution* et au *Préambule* qui confère valeur de droit positif à la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi qu'au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Charte de l'environnement [2].

Faut-il encore ajouter des normes jurisprudentielles, des principes qui (à la manière des principes généraux du Conseil d'État) seraient « découverts » par le Conseil constitutionnel ? La question a été très discutée lorsqu'en 1979 le principe de continuité des services publics a été qualifié de « principe de valeur constitutionnelle », alors même qu'il ne figure ni dans le texte de la Constitution ni dans le Préambule. L'on s'est interrogé également sur la référence, dans diverses décisions, à des *« objectifs de valeur constitutionnelle »* (sauvegarde de l'ordre public, pluralisme de la presse, droit à un logement décent, etc.) [3]. « À notre avis, répond le Doyen Vedel, la réponse est résolument négative » [4] — s'il est

---

légalité de certains actes administratifs. Avant le référendum relatif à la réduction de la durée du mandat présidentiel, le Conseil constitutionnel a admis de contrôler les actes préalables à ce référendum dès lors qu'ils sont susceptibles de remettre en cause la régularité de l'ensemble des opérations de vote. Solution qui s'étend logiquement au contentieux des élections présidentielles et parlementaires (*RFDA* 2000.989, concl. H. Savoie, obs. R. Ghevontian et décisions du CC). V. *infra*, p. 625.

1. Sur le contrôle des lois, v. aussi *infra,* chapitre 3, p. 137.
2. L'ensemble constitue ce que l'on appelle souvent aujourd'hui le « bloc de constitutionnalité » : n'en font normalement pas partie les traités ou accords internationaux (*infra*, p. 115), mais une place est réservée à d'autres textes notamment aux lois organiques dès lors qu'il s'agit de contrôler les « lois ordinaires » (ou les règlements des assemblées) (B. Genevois, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 323).
3. B. Faure, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique », *RFDC* n° 21, 1995, p. 47.
4. G. Vedel, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 647.

des principes ou objectifs qui ne sont pas formellement dans les textes, il serait toujours possible de les déduire de ceux-ci [1].

Quoi qu'il en soit, l'objectif est à distinguer du principe. S'il a valeur constitutionnelle, cette valeur ne produit pas les mêmes effets. C'est une finalité, un but auquel doit tendre le législateur dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Cela peut impliquer une limitation de ces droits afin de les concilier avec l'« objectif » (par exemple la sauvegarde de l'ordre public), mais aussi la mise en œuvre de moyens propres à assurer une meilleure effectivité de certains d'entre eux. Ainsi, en habilitant le gouvernement à effectuer une codification par ordonnances, afin de rendre le processus plus rapide, le législateur poursuit une finalité qui, selon le Conseil constitutionnel, « répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », permettant de garantir l'effectivité de droits proclamés dans la déclaration de 1789 [2]. À la différence du principe, l'objectif paraît supposer le plus souvent une médiation législative pour être invocable devant le juge ordinaire [3].

b) La portée du contrôle

Lorsque le Conseil constitutionnel déclare qu'une disposition législative [4] n'est pas conforme à la Constitution, deux cas peuvent se présenter : ou bien cette disposition est inséparable de l'ensemble de la loi, et celle-ci ne peut dès lors être promulguée ; ou bien, elle est détachable, et la loi doit être promulguée à l'exception de la disposition censurée (le Président de la République pouvant toutefois demander une nouvelle lecture au Parlement afin de remédier rapidement au problème d'inconstitutionnalité). Le contrôle du Conseil constitutionnel fait donc peser des contraintes sur le travail législatif et spécialement sur le gouvernement puisque celui-ci est à l'origine de la quasi-totalité des lois : contraintes de calendrier et contraintes de fond qui se sont accentuées avec le développement considérable de ce contrôle depuis le début des années 1970.

En premier lieu, l'évolution a été accélérée par une donnée *quantitative :* la réforme du mode de saisine en 1974 a entraîné une forte augmentation des recours, les parlementaires de l'opposition utilisant amplement leur possibilité de saisir le Conseil constitutionnel.

En second lieu, le contrôle a changé du point de vue *qualitatif ;* ce qui révèle une transformation du rôle du Conseil constitutionnel. Il se contenta d'abord d'être le gardien vigilant de l'article 37 de la Constitution, c'est-à-dire d'éviter un empiétement du législatif

---

1. La question toutefois reste ouverte. O. Beaud (article cité, *supra*, p. 91) estime que « la doctrine française, dans son immense majorité », reste prisonnière de ce qui a pu être appelé « l'hyper-textualisme », « c'est-à-dire cette croyance selon laquelle la réponse à tout problème constitutionnel se trouverait nécessairement dans une disposition de la Constitution écrite ». « Croyance dépassée », conclut-il.
2. CC 16 déc. 1999 (*JO* 22 déc. 1999) (*infra*, p. 176, sur cette codification par ordonnances).
3. V., à cet égard, les interrogations que suscite la Charte de l'environnement : dossier *AJDA* 2005, notamment p. 1164 et 1175 ; CE 19 juin 2006, *Association des eaux et rivières de Bretagne,* et CE 6 avr. 2006, *Ligue pour la protection des oiseaux, AJDA* 2006.1584, chron. C. Landais et F. Lenica. V. aussi l'arrêt *KPMG*, consacrant en 2006 le principe de sécurité juridique (*infra*, p. 152) : il en ressort que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité est directement opposable à un décret.
4. S'agissant des *engagements internationaux,* le système est celui qui valait pour les lois après censure du Comité constitutionnel de la Constitution de 1945 : l'autorisation de les ratifier ou de les approuver ne peut intervenir qu'**après révision de la Constitution** si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils comportent une clause contraire à ce texte. V. *infra*, p. 112.

sur l'exécutif. Puis il en vint à examiner le contenu même des lois, notamment à l'occasion de deux affaires essentielles : la liberté d'association, avec la *décision du 16 juillet 1971* ; le régime des contraventions, avec la *décision du 26 novembre 1973* [1].

Aujourd'hui, la liste est longue des dispositifs et des motifs qui tendent à préciser le contenu de l'ordre juridique. À cet égard, les interprétations du Conseil constitutionnel ne sont pas sans soulever des interrogations et des critiques. Sa démarche est à l'évidence subtile. Les déclarations de non-conformité sont partielles mais accompagnées de « directives ». Il s'est doté de **techniques de contrôle** qui en font un « guide » agissant de manière préventive et dissuasive ; notamment la technique du contrôle de l'*erreur manifeste d'appréciation* (inspirée par la jurisprudence du Conseil d'État) constitue une sorte de menace pour le « gouvernement-législateur ». De même que le système des « **réserves d'interprétation** » : il déclare un texte conforme à la Constitution, sous réserve des interprétations qu'il en donne et qui sont autant de mises en garde adressées au gouvernement pour l'application de la loi (par exemple pour l'élaboration d'ordonnances) [2]. Alors qu'il en fait souvent le reproche au législateur, ne finit-il pas lui aussi par être « bavard, illisible et incantatoire » ? [3]

---

1. La liberté d'association. En 1971, le ministre de l'Intérieur voulut faire modifier la loi du 1er juillet 1901 relative aux associations afin d'éviter la reconstitution de mouvements dissous et de combattre la création d'associations gauchistes. Il réussit à faire voter un texte qui prévoyait un contrôle *a priori* de la création des associations et qui permettait de ne pas délivrer le récépissé de déclaration au cas où la nouvelle association apparaîtrait « fondée sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs », ou aurait pour but de « porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement ». Le président du Sénat saisit alors le Conseil constitutionnel, lequel déclara non conformes à la Constitution diverses dispositions de la loi en se fondant sur le raisonnement suivant : *au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* figure la liberté d'association ; les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; est donc inconstitutionnelle la décision prévoyant l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même judiciaire, celles-ci ne pouvant que réprimer après coup les atteintes que l'association porterait éventuellement à l'ordre public.

Le régime des contraventions. L'article 34 prévoyant que la loi détermine les crimes et les délits ainsi que les peines qui leur sont applicables, les contraventions pouvaient paraître relever toujours du pouvoir réglementaire. C'était oublier, déclara le Conseil, à la fois l'*article 7 de la Déclaration des droits* — « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi [...] » — et l'*article 66 de l'actuelle Constitution* — « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Aussi décida-t-il que la détermination des contraventions et des peines applicables n'était du domaine réglementaire que si ces peines n'étaient pas privatives de liberté.

(En fait, malgré cette restriction, il existait des dispositions législatives autorisant le pouvoir réglementaire à instituer des peines d'emprisonnement en matière de contravention. Cela explique que le Conseil d'État, avant comme après 1973, lorsqu'il a été saisi, s'est toujours refusé à annuler des décrets instituant ces peines, au motif qu'ils respectaient des lois. Il y avait « écran législatif » — Désormais, dans ce cas particulier, le problème est réglé : les articles L. 131-12 et suivants du Code pénal entré en vigueur en 1994, suppriment toute peine privative en matière contraventionnelle. De par la loi nouvelle, il ne peut plus y avoir de décrets instituant de telles peines).

2. J.-M. Blanquer, *Les méthodes du juge constitutionnel*, LGDJ, « Bibl. constit. », t. 81, 2000 ; A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, « Bibl. constit. », t. 92, 1999 ; M. Verpeaux, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », *RFDA* 2001.339.

3. *Le Monde* du 26 janvier 2005 : « Juges de proximité : un membre du CSM critique le Conseil constitutionnel » (à propos d'une décision du 21 janvier 2005, *JO* 27 janv. 2005).

c) L'autorité des décisions

L'article 62 de la Constitution dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Le Conseil constitutionnel a lui-même précisé dans une décision du 16 janvier 1962 que l'autorité de ses décisions s'attache non seulement au **dispositif** mais aussi aux **motifs** « qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même ». En 1988 il utilise l'expression d'**« autorité de chose jugée »** en affirmant que celle-ci ne vaut qu'à l'égard des lois sur lesquelles il s'est prononcé (il ajoutera toutefois en 1989 que la chose jugée peut jouer à l'encontre d'une loi nouvelle si celle-ci, bien que conçue en termes différents, à « en substance un objet analogue » à une loi ayant été déclarée non-conforme à la Constitution [1]).

L'autorité de chose jugée s'exerce donc à l'égard des juges administratifs et judiciaires : ils sont liés par les décisions du Conseil constitutionnel (et notamment par les réserves d'interprétation) lorsqu'ils ont à appliquer une loi sur laquelle le Conseil s'est prononcé. En revanche, ils ne sont pas tenus de respecter la « jurisprudence » du Conseil, c'est-à-dire son interprétation des dispositions constitutionnelles (qui peut d'ailleurs évoluer). Si des divergences sont de ce fait toujours possibles, elles restent relativement rares. Par la force des choses, tend à prévaloir le dialogue entre juges [2].

Section 2
L'Administration dans la Constitution

Bien qu'elle ait été rédigée par des fonctionnaires, particulièrement par des membres du Conseil d'État, la Constitution de 1958 traite peu de l'Administration. Ce laconisme ne saurait surprendre : il est conforme à la tradition et s'explique par la nature même de la loi fondamentale qui a pour objet de régler les rapports entre les autorités suprêmes et néglige donc les autres organes de l'État. Toutefois, quelques articles concernent soit l'**Administration d'État**, soit les **autres administrations** (plus ou moins *décentralisées*).

§ 1. Les dispositions relatives à l'administration d'État

D'une part, l'ensemble des titres 2 (le président de la République) et 3 (le gouvernement) dégage quelques règles générales relatives au travail gouvernemental ; d'autre part, l'article 20 comporte l'affirmation de la subordination de l'Administration au gouvernement.

---

1. Décision du 16 janvier 1962 (*GDCC* nº 12) ; décision du 20 juillet 1988 (*JO* 21 juill. 1988) ; décision du 8 juillet 1989 (*JO* 11 juill. 1989).

2. L. Favoreu, « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif », *RFDA* 1989.142. Du même auteur : « La constitutionnalisation du droit », *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Economica, 1996, p. 25 — À comparer avec l'introduction faite par G. Vedel à la première partie de ces mêmes *Mélanges*, « Aspects généraux et théoriques », p. 1. Et V. CE 11 mars 1994, *Société anonyme La Cinq*, concl. P. Frydman, *RFDA* 1994.429 ; Cass. 10 oct. 2001, *Breisacher* (arrêt de la Cour concernant le statut pénal du président de la République au regard de la décision CC 22 janv. 1999), *RFDA* 2001.1169, note O. Jouanjan et P. Wachsmann. Il faut distinguer les décisions ayant autorité de chose jugée du Conseil constitutionnel de celles qu'il prend pour son fonctionnement interne : sur la question du contrôle de ces dernières, v. *infra*, p. 616.

A. Le travail gouvernemental

D'un point de vue technique, la Constitution de 1958 comprend deux séries de dispositions relatives au travail gouvernemental : les unes établissent un bicéphalisme administratif ; les autres prescrivent le contreseing des actes du président de la République et du Premier ministre.

I. Le bicéphalisme administratif

Les institutions de la Ve République ne comportent pas une *dyarchie* au sommet puisque le président de la République est seul chef de l'État, le Premier ministre n'étant que son second. Pourtant, la Constitution tend à créer un *bicéphalisme administratif* [1] : tant dans l'exercice du pouvoir réglementaire que pour la nomination des fonctionnaires, les compétences sont partagées entre le président de la République et le Premier ministre.

II. Les règles relatives au contreseing

Les **actes du président de la République** sont contresignés par le *Premier ministre,* et, le cas échéant, par les « *ministres responsables* » (art. 19). Les ministres responsables sont ceux auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets dont il s'agit. Ainsi, les ministres qui ont fait rapport au président de la République pour justifier le contenu des décisions prises doivent les contresigner. En revanche, par exemple, n'a pas la qualité de ministre responsable le ministre des Affaires étrangères à l'égard d'un décret qui fixe les modalités de rémunération spéciale des personnels des établissements d'enseignement supérieur à l'étranger relevant du ministre de l'Éducation nationale.

Toutefois, la Constitution, dans son article 19, *dispense du contreseing* la nomination du Premier ministre (art. 8), le recours au référendum (art. 11), la dissolution de l'Assemblée nationale (art. 12), les actes accomplis en cas de crise grave (art. 16), les messages au Parlement (art. 18), l'envoi pour avis au Conseil constitutionnel de traités dont la constitutionnalité est douteuse (art. 54), la nomination de trois membres du Conseil constitutionnel (art. 56), la saisine de cette juridiction sur la constitutionnalité d'une loi (art. 61).

Les **actes du Premier ministre** doivent être contresignés par les *« ministres chargés de leur exécution »* (art. 22) : ce sont ceux qui ont compétence pour signer ou contresigner les mesures (réglementaires ou individuelles) que comporte l'exécution du décret. Ces contresignataires sont donc plus nombreux que ceux des actes du président de la République. Au fond, ceux-ci ne sont contresignés que par les ministres plus spécialement chargés de l'exécution. La différence s'explique aisément : les actes signés par le chef de l'État sont délibérés en Conseil des ministres, ce qui assure la participation des membres du gouvernement à leur élaboration, contrairement à ceux qui sont signés par le Premier

---

1. V. *infra*, p. 161, pour le pouvoir réglementaire (avec la présentation des déviations de la pratique ainsi que des complications de la jurisprudence) et p. 365 pour la nomination des fonctionnaires. Sur la complexité du partage des pouvoirs entre le Président et le Premier ministre : ouvrages de J. Massot cités *infra*, p. 161, note 2 ; M.-J. Guédon, « Décret et Constitution », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 125. Et, plus généralement : B. Stirn, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, « Systèmes », 4e éd., 2004.

ministre et qui doivent donc être soumis pour contreseing à un cercle plus large de ministres ou de secrétaires d'État [1].

B. Les rapports du gouvernement et de l'Administration

I. Le système français

a) La *doctrine* des relations entre le gouvernement et l'Administration est une belle construction juridique : elle sépare le politique et l'administratif, au sein de l'exécutif, et, dans leurs rapports, elle essaie de concilier deux données antinomiques, la *subordination collective* de l'Administration au pouvoir politique et la *liberté individuelle* des agents publics.

La règle est que **l'Administration est subordonnée au gouvernement.**

Les Constitutions antérieures n'énonçaient pas ce principe. Sous la IIIe République ou sous la IVe, les « bureaux » avaient peut-être bien pris le pouvoir. Le philosophe Alain n'expliquait-il pas, par exemple, que le ministre, loin de gouverner, était devenu un simple « contrôleur » parmi d'autres [2] ? Les observateurs, en tout cas, notaient que la répétition des crises ministérielles conférait une grande puissance aux administrateurs, seuls dotés de la stabilité.

Les auteurs de la Constitution de 1958 ont voulu réagir contre ces excès. Aussi l'article 20 affirme-t-il que « le gouvernement dispose de l'Administration » (comme de la force armée) [3]. Le contenu de ce texte n'est pourtant pas original : même en l'absence d'une telle disposition, l'Administration, insérée dans le pouvoir exécutif, ne bénéficie pas d'une *légitimité* propre et elle n'exerce son pouvoir qu'au nom des représentants élus du peuple souverain devant lesquels le gouvernement est politiquement responsable [4]. Cette règle se traduit, dans l'action administrative concrète et quotidienne, par le fait que les agents publics doivent obéir à leurs supérieurs hiérarchiques. L'institution des *autorités administratives indépendantes* soulève à cet égard des interrogations : leur indépendance provient notamment d'une absence de subordination hiérarchique vis-à-vis du gouvernement.

En face de cette subordination de l'Administration **sont aussi consacrées des libertés publiques.** Considérés comme des citoyens à part entière, les agents publics jouissent notamment, à ce titre, de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression.

---

1. CE 27 avr. 1962, *Sicard et autres*, *AJDA* 1962.284. Sur le contreseing des actes du président de la République et la notion de « ministre responsable » : CE 10 juin 1966, *Sieur Pelon et autres*, *AJDA* 1966.492. *Adde* sur l'ensemble : M.-J. Guédon, « Commentaire de l'article 19 », dans *la Constitution de la République française*, Economica, 1987, p. 569, et *ibid.* R. Barrillon et G. Dupuis, « Commentaire de l'article 22 », p. 605.
2. Alain, *Propos*, Gallimard, « La Pléiade », 1970, Propos n° 193 du 27 octobre 1912 (p. 271).
3. G. Dupuis, « Commentaire de l'article 20 », *La Constitution de la République française,* Economica, 1987, p. 581.
4. Le gouvernement doit ainsi répondre devant les élus de l'action de l'Administration dont « il dispose ». Et s'ajoute à cela la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les actes accomplis dans leurs fonctions : ils sont alors jugés par la Cour de justice de la République (art. 68-1 et 68-2 de la Constitution). Sur les problèmes soulevés par cette responsabilité pénale des ministres, v., *infra*, p. 603.

Le jeu complexe de la subordination et de la liberté conduit pourtant à atténuer la seconde pour qu'elle puisse être conciliée avec la première. Ainsi s'impose aux fonctionnaires une **obligation de réserve** dans l'expression des opinions. De plus, il a semblé nécessaire d'admettre l'existence d'emplois dits *« emplois supérieurs laissés à la décision du gouvernement »*. Ils sont caractérisés par une participation particulièrement intense du pouvoir politique. Leurs titulaires sont nommés et révoqués à la discrétion du gouvernement. Il s'agit, par exemple, des emplois de directeurs d'administrations centrales, de préfets, d'ambassadeurs, etc. [1].

b) *La pratique* diffère assez sensiblement de ce modèle juridique.

En premier lieu, si le pouvoir administratif ne peut guère résister au pouvoir politique [2], il ne faudrait pas en déduire que « l'intendance » se contente de « suivre ». Souvent les services fixent des objectifs, décident des choix, élaborent des politiques, s'émancipent en quelque sorte de leur subordination aux élus [3].

En second lieu, une sorte de symbiose unit les élites gouvernantes et les superstructures administratives : les fonctionnaires ont investi la classe politique. Ainsi depuis l'avènement de la Ve République, tous les chefs de l'État (Charles de Gaulle, Georges Pompidou, Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac) sont issus de la fonction publique (l'armée, l'enseignement, la haute administration...) sauf François Mitterrand, et il en va de même de la plupart des Premiers ministres (depuis Michel Debré, maître des requêtes au Conseil d'État, jusqu'à Dominique de Villepin qui a commencé sa carrière au ministère des Affaires étrangères).

II. D'autres systèmes

Un pays comme la *Suède* a pu nier la subordination de l'Administration au gouvernement mais celle-ci est bien un principe général [4].

La subordination s'accompagne généralement d'une exigence de conformisme politique dans les *régimes autoritaires* (sans parler des dictatures) et dans tout État où l'idéologie d'un parti unique s'impose à tous. En France même, cette conception a abouti dans un passé encore récent à exiger des fonctionnaires qu'ils prêtent *serment* : Chateaubriand, au début du XIXe siècle, ironisait sur ces vieux commis de l'État dont on peut compter les places au nombre de leurs serments comme « on compte l'âge des vieux cerfs aux

---

1. Décret du 24 juillet 1985 portant application de l'article 25 de la loi du 1er janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du gouvernement (*JO* 27 juill. 1985). Et, sur l'obligation de réserve, v. *infra*, p. 373.
2. Certains ont prétendu le contraire. Notamment A. Peyrefitte, *Le mal français*, Plon, 1976 (par ex., p. 260 : « Le pouvoir administratif ne recule pas »).
3. Qu'en est-il aujourd'hui ? Constatant « leur impuissance lorsqu'il s'agit de faire évoluer l'État », Lucile Schmid, elle-même « haut fonctionnaire », s'interroge : « L'État est-il malade de ses hauts fonctionnaires ? » (dans *Notre État*, cité *supra*, p. 18, note 5).
4. Évidemment, la Suède n'a pas nié pour autant toute soumission de l'Administration au droit. Au contraire : le fait que les fonctionnaires soient inamovibles comme les juges et exercent leurs fonctions en toute indépendance n'a pas empêché que leur responsabilité puisse être mise en jeu devant les autorités judiciaires, tout comme ils ont été soumis au contrôle de l'Ombudsman. (A. Legrand, *L'Ombudsman scandinave. Études comparées sur le contrôle de l'Administration*, LGDJ, « Bibl. de science administrative », 1970).

branches de leurs ramures » et, pendant l'occupation allemande, le gouvernement de Vichy (1940-1944) admit encore de telles pratiques.

Elles ne sont pas si éloignées du système des dépouilles : le *spoil system* qui ne sévit plus aux *États-Unis* que pour certains emplois politiques après avoir été général (jusqu'à l'avènement du *merit system* en 1883). L'inspiration de cette conception de la fonction publique réside dans la conviction que les cadres de l'appareil administratif doivent être politiquement engagés aux côtés du gouvernement pour le servir efficacement. Il s'agit là d'ailleurs d'une tentation permanente. François Bloch-Lainé [1] raconte à ce propos cette anecdote inquiétante. Alors qu'il expliquait à Valéry Giscard d'Estaing l'opinion du général de Gaulle qui lui paraissait hostile au système des dépouilles, il obtint cette réponse : « Si cela est, le Général a tort. Nous allons forcément vers un présidentialisme accru et il faut en tirer les conséquences. Les équipes dirigeantes sont appelées à changer avec l'élu du peuple au pouvoir exécutif. » Pourtant, les cadres supérieurs de l'Administration demeurent assez divers dans leurs opinions voire dans leurs engagements politiques ce qui explique qu'ils ont pu partir à la conquête aussi bien des états-majors de l'opposition que des postes de commande de la majorité.

La *Grande-Bretagne* adopte le principe de la neutralité politique des « *civil servants* » : ils votent ; ils peuvent même adhérer à un parti ; ils n'ont pas le droit, en revanche, de se porter candidats aux élections nationales. Comme en Irlande, il faut choisir entre une carrière dans l'Administration et une carrière politique [2].

§ 2. Les dispositions relatives aux administrations décentralisées

La Constitution comprend certaines dispositions concernant, d'une part, les **établissements publics** (comme une université, un musée, un hôpital, etc.) et, d'autre part, les **collectivités territoriales** (les communes, les départements, les régions, les collectivités d'outre-mer).

En ce qui concerne les **établissements publics**, l'article 34 de la Constitution dispose que la loi fixe les règles concernant la création de **catégories** d'établissements publics. Par suite, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a précisé la notion de « catégorie » et l'étendue de la compétence du législateur [3].

Quant aux **collectivités territoriales** [4], les normes constitutionnelles qui les régissent ont connu une importante réforme en 2003. Le titre XII de la Constitution a été largement modifié et complété par la **loi constitutionnelle de 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République**. L'objectif de cette réforme, voulue par le Gouvernement de Jean-Pierre Raffarin, est de donner une nouvelle impulsion à la décentralisation territoriale, en l'inscrivant plus profondément dans la Constitution — À cet égard, apparaît symbolique le complément apporté à l'*article 1* de la Constitution : « *son organisation est décentralisée* ». Cet ajout aux principes caractérisant la République

---

1. F. Bloch-Lainé, *Profession : fonctionnaire*, Le Seuil, 1976.
2. J. Ziller, *Administrations comparées. Les systèmes politico-administratifs de l'Europe des douze*, Montchrestien, « Précis Domat », droit public, 1993, p. 427. V. aussi *RFAP* 1998, n° 86, *Les fonctionnaires et la politique dans les pays de l'Union européenne.*
3. V. *infra*, dossier 6 (Les institutions spécialisées).
4. V. *infra*, dossier 5 (Les collectivités territoriales décentralisées).

a été contesté (était-il nécessaire ?). Quoi qu'il en soit, l'apport de la révision se trouve dans la nouvelle rédaction des articles 72, 73, 74 complétés par des articles additionnels [1].

Les traits essentiels se dégageant des dispositions sont, d'une part, une **nouvelle nomenclature des collectivités territoriales,** d'autre part, des **innovations dans l'énoncé des principes et règles** gouvernant l'action des collectivités, enfin un **renforcement de la démocratie locale.**

a) L'article 72 (al. 1) dispose que « les collectivités territoriales de la République sont *les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74* ». Le législateur est en outre autorisé à créer d'autres collectivités territoriales.

Ainsi, par rapport au texte antérieur, cette nouvelle nomenclature inclut les régions (qui n'avaient jusque-là qu'un fondement législatif), et les collectivités à statut particulier (tel est notamment le cas de la Corse). Quant aux « *collectivités d'outre-mer* », elles constituent une *nouvelle catégorie* regroupant d'anciens « territoires d'outre-mer » (Polynésie française, Îles Wallis-et-Futuna) et des collectivités qui avaient un statut « *sui generis* » (Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon). Ces collectivités d'outre-mer ont un statut spécifique tenant compte de leurs intérêts propres au sein de la République et défini par la loi organique selon l'article 74.

Par ailleurs, les *départements et régions d'outre-mer* (Martinique, Guadeloupe, Guyane, Réunion) peuvent, dans les conditions fixées par l'article 73, faire l'objet d'adaptations tenant à leurs caractéristiques et contraintes particulières [2]. Concernant l'outre-mer, il faut ajouter que la réforme de 2003 n'a pas modifié le titre XIII de la Constitution relatif à la *Nouvelle-Calédonie* : ancien territoire d'outre-mer, elle a accédé, sur le fondement de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, à un statut d'autonomie renforcée déterminé par une loi organique et ouvrant la voie à une indépendance sur laquelle se prononceront les populations intéressées.

b) L'article 72, tout en reprenant les principes fondamentaux gouvernant la décentralisation antérieurement affirmés, apporte des innovations substantielles.

– « Dans les conditions prévues par la loi, les collectivités s'administrent librement par des conseils élus ». La compétence de principe du *législateur* pour déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales est énoncée dans l'*article 34* de la Constitution [3]. Il lui revient de fixer le régime électoral des assemblées locales, les compétences et les ressources des collectivités. La réaffirmation de ce principe de libre administration s'accompagne de celle de la limite à la liberté : l'existence du *contrôle de l'État.* « Le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement, à la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et

---

1. Le dispositif juridique régissant la décentralisation se trouve d'autant plus augmenté et complexifié que les nouveaux articles de la Constitution renvoient à de nombreuses lois organiques et ordinaires.
2. Et l'article 73 prévoit la possibilité (qui nécessite le consentement des électeurs des collectivités concernées) de créer une nouvelle collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer. V. *infra,* dossier 5, p. 285, l'application de cette disposition.
3. Il est à noter que la révision constitutionnelle de 2003 à été l'occasion de mettre fin à une confusion venant de l'emploi dans la Constitution d'une double terminologie : collectivités *locales* et collectivités *territoriales* — À cette fin, l'article 34 a été modifié pour substituer l'expression collectivités territoriales à celle de collectivités locales.

du respect des lois ». En effet, dans le cadre de l'État unitaire, les collectivités territoriales sont des personnes morales qui restent subordonnées à l'État.

– À ces principes l'article 72 ajoute de nouvelles données relatives aux *compétences des collectivités* : en premier lieu, l'alinéa 2 affirme en substance le **principe de subsidiarité**, donnant ainsi un aspect nouveau à la question fort complexe de la répartition des compétences entre l'État et les collectivités territoriales ; en deuxième lieu, l'alinéa 3 attribue expressément un **pouvoir réglementaire** aux collectivités « pour l'exercice de leurs compétences », ce qui met fin au silence de la Constitution mal accordé à la réalité ; en troisième lieu, et de façon très novatrice, le pouvoir normatif des collectivités peut être étendu sur le fondement de l'alinéa 4 instituant la **procédure d'expérimentation** : il s'agit de permettre aux collectivités (ou leurs groupements), dans les conditions prévues par la loi organique, de déroger à titre expérimental à des dispositions législatives ou réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences [1] ; enfin, le 5e alinéa affirme l'interdiction de l'exercice d'une tutelle d'une collectivité sur une autre, ce qui garantit l'autonomie de chaque collectivité dans l'exercice de ses compétences. Cependant, de façon *a priori* un peu contradictoire, cet alinéa prévoit aussi la désignation éventuelle d'une **collectivité « chef de file »** lorsque « l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales ».

– La loi constitutionnelle apporte en outre une innovation tendant à remédier à l'un des problèmes les plus aigus de la décentralisation : celui de la nature des *ressources* dont disposent les collectivités pour mettre en œuvre leurs compétences. La libre administration locale suppose une certaine **autonomie financière**, ce qui implique des ressources ne reposant pas majoritairement sur des dotations de l'État. Afin de garantir cette autonomie, le *nouvel article 72-2* énonce plusieurs principes, notamment le suivant : « les recettes fiscales et les autres *ressources propres* des collectivités territoriales représentent une *part déterminante* de l'ensemble de leurs ressources ». À l'évidence la formule soulève de nombreuses interrogations. Quelle en est la portée exacte, concrètement ?

c) Par ailleurs, la loi constitutionnelle renforce la démocratie locale en conférant, dans le nouvel article 72-1, de nouveaux *droits aux citoyens*.

– Tout d'abord, un **droit de pétition** : les électeurs d'une collectivité peuvent demander, dans les conditions fixées par la loi, « l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence ». Il convient de noter que cette inscription n'est pas obligatoire : il ne s'agit que d'une « demande », qui peut être refusée.

– Ensuite, et surtout, la *démocratie directe* connaît une avancée avec l'institution d'un **référendum local à caractère décisionnel** (organisé à l'initiative d'une collectivité). Il s'agit ici non pas de consulter les électeurs d'une collectivité mais de soumettre à leur décision un projet de délibération ou d'acte relevant de la compétence de cette collectivité, dans des conditions prévues par la loi organique.

– Enfin, le dernier alinéa de l'article prévoit la possibilité (à l'initiative du législateur) d'organiser une **consultation** — donc ici sans portée décisionnelle — des électeurs de collectivités dans deux cas : soit pour la création d'une collectivité à statut particulier (ou

---

1. Sur le pouvoir réglementaire des collectivités, v. *infra*, chapitre 5 de ce dossier (les règlements).

la modification de son organisation), soit pour la modification des limites des collectivités territoriales [1].

---

1. Sur tous ces points, dossier 5 (les collectivités territoriales décentralisées). Et sur la loi constitutionnelle elle-même : *L'organisation décentralisée de la République*, « Aux sources de la loi », éd. des JO, 2003 ; ainsi que, par exemple, les dossiers *AJDA* 2003.513, *RFDA* 2003.661 et le « forum » *RDP* 2003.109.

Chapitre 2

Les normes internationales

Les relations internationales se sont considérablement développées. Entre les États, elles s'expriment de diverses manières, notamment par des *contacts diplomatiques* coordonnés par le ministère des Affaires étrangères et par la signature de *traités* et d'*accords.* Des rapports directs s'établissent également entre les États et les étrangers, du fait, soit du tourisme, soit de l'immigration des travailleurs, soit de la recherche d'une terre d'asile par les réfugiés politiques [1]. Enfin, individus ou groupes entrent en communication en dehors du cadre spatial défini par les frontières : il existe, par exemple, une réelle communauté internationale des savants et des chercheurs, et, de la même manière, les relations commerciales sont amplement transnationales tout comme certaines solidarités syndicales ou politiques.

L'Administration publique est ainsi, comme toutes les activités humaines, de plus en plus nettement insérée dans un cadre international. Même les collectivités locales, sur des bases juridiques précaires et incertaines, ont développé à partir des années 1980 des relations extérieures [2].

Dans ce contexte, la *société internationale* s'organise, multipliant les normes internationales. Ainsi, au plan universel, l'Organisation des Nations unies (ONU) et ses institutions spécialisées s'efforcent-elles de répondre à des besoins d'intérêt général (santé publique, avec l'OMS, Organisation mondiale de la santé ; éducation, avec l'Unesco, Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture ; transport, avec

1. La Constitution du 4 octobre 1958 rappelle que « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a **droit d'asile** sur les territoires de la République » (texte du Préambule de la Constitution de 1946). Disposition implicitement modifiée par la loi constitutionnelle du 25 nov. 1993 qui a inséré dans la Constitution un article 53-1 : « La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées. Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif. » (V., sur cette loi, le commentaire de G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, coll. « Points-Essais », 7e éd., 2005 : « Inutile au départ, elle est néfaste à l'arrivée » ; inutile parce que le premier alinéa n'apporte rien qui ne fût déjà acquis par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; néfaste parce qu'au second alinéa le titulaire du droit n'est plus l'étranger qui peut le faire valoir, il est l'État qui peut, ou non, accorder l'asile ; « C'est une régression pure et simple par rapport à l'un des principes les plus traditionnels du droit français »).
2. V. *infra,* p. 235, note 1.

l'OACI, Organisation de l'aviation civile internationale...) ; et aussi d'assurer la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques.

Au plan régional, dans l'ensemble européen sont apparues des organisations nouvelles et un droit qui est aujourd'hui l'une des sources essentielles du droit administratif. Un certain nombre d'États (6 à l'origine) ont formé entre eux des communautés. Ce fut d'abord la CECA (Communauté du charbon et de l'acier) voulue par Robert Schuman et instituée par le traité de Paris de 1951. Par la suite, après l'échec de la CED (Communauté européenne de défense), les deux traités de Rome de 1957 relancèrent la construction européenne en créant Euratom (Communauté européenne de l'énergie atomique) et la CEE (Communauté économique européenne). Celle-ci, désormais appelée « Communauté européenne », en vertu du traité de Maastricht, du 7 février 1992, est devenue, en fait, la structure dominante de l'« Union européenne » instaurée par ce traité, et élargie à 25 membres en 2004. Par ailleurs, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, joue un rôle considérable. En effet, celle-ci, outre les droits et libertés qu'elle énumère, comporte un mécanisme de contrôle de son application par les autorités nationales ; mécanisme auquel ont accès les particuliers [1]. Par conséquent, les rapports entre le **droit communautaire**, la **Convention européenne des droits de l'homme** et le **droit interne** posent des problèmes particuliers (Section 2) à l'intérieur du système général de coordination du **droit international** et du **droit français** (Section 1) [2].

Section 1
Le problème général des normes internationales

Outre les rapports entre droit interne et normes internationales, doivent être fixées les conditions de l'insertion de ces normes en droit interne. Des règles figurent dans la Constitution (titre VI, des traités et accords internationaux, art. 52 à 55) mais leur mise en œuvre dépend largement de la façon dont le juge (constitutionnel ou administratif) les comprend et les applique.

§ 1. Les dispositions constitutionnelles

Conformément aux principes du droit international, la Constitution distingue dans l'ensemble des *engagements internationaux*, les traités, d'une part, et, d'autre part, tous les autres accords (art. 52). Les **traités** sont négociés et ratifiés par le président de la République. Les **accords** peuvent être négociés et approuvés par le Premier ministre ou par les ministres, le chef de l'État étant seulement informé des négociations [3].

Trois règles s'appliquent aux traités comme aux accords.

---

1. Créé en 1949, le Conseil de l'Europe compte quarante six membres (en juin 2006). Membre originaire, la France n'a toutefois ratifié ce que l'on appelle communément (en raccourci) la Convention européenne des droits de l'homme qu'en 1974 et elle n'a accepté l'exercice du droit de recours individuel qu'en 1981.
2. Sur l'ensemble, v. tout particulièrement : Étude du Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, La Documentation française, 2000.
3. V. la circulaire du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux (*JO* 31 mai 1997). Dans ce texte le terme « accord » est utilisé pour désigner tous les engagements internationaux. Sont distingués les accords en forme solennelle (traités) et les accords en forme simplifiée.

a) C'est seulement **après la ratification ou l'approbation** que le traité ou l'accord « prennent effet » (art. 53).

Cette ratification ou cette approbation suppose le consentement :

– du *Parlement* (qui vote une loi autorisant l'entrée de l'engagement international dans l'ordre juridique interne) pour les traités de paix, les traités de commerce, les traités et accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire (art. 53, al. 1) ;

– des *populations intéressées* en cas de cession, échange ou adjonction de territoire (art. 53, al. 2).

Le *corps électoral* dans son ensemble peut être appelé à se prononcer par voie de référendum, à la place du Parlement, si le traité, sans être contraire à la Constitution, a des incidences sur le fonctionnement des institutions (art. 11).

b) Saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, ou encore (depuis 1992) 60 députés ou 60 sénateurs, le **Conseil constitutionnel** peut déclarer qu'un engagement international comporte une **clause contraire à la Constitution.** Dans ce cas, l'autorisation de ratifier ou d'approuver le traité ou l'accord ne peut être accordée qu'après révision de la Constitution (art. 54).

Diverses saisines n'ont pas donné lieu à révision. Ainsi, en 1976, s'agissant de l'*élection au suffrage universel direct des représentants de la France à l'Assemblée parlementaire des Communautés européennes.* Tout en affirmant que sont exclus les transferts de « tout ou partie de la souveraineté nationale à quelque organisation que ce soit », le Conseil constitutionnel a considéré que ce mode d'élection n'était pas contraire à la Constitution dans la mesure où il n'a « pour effet de créer ni une souveraineté ni des institutions dont la nature serait incompatible avec le respect de la souveraineté nationale, non plus que de porter atteinte aux pouvoirs et attributions des institutions de la République » [1].

Il en est allé autrement en 1992. Le Président de la République a demandé au Conseil si l'autorisation de ratifier le *traité de Maastricht* devait être précédée d'une révision de la Constitution. La décision (du 9 avril 1992) fut affirmative, notamment en raison de la reconnaissance du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les ressortissants de l'Union européenne résidant en France. À la suite de la révision de 1992, le Conseil constitutionnel a été de nouveau saisi, cette fois par des sénateurs : il devait se

---

S'il s'agit d'accords bilatéraux, les premiers entrent en vigueur par l'échange des instruments de ratification et les seconds après remise à l'autre partie d'un instrument d'approbation ou d'une notification de l'accomplissement des procédures exigées par le droit interne. Il peut y avoir entrée en vigueur des accords en forme simplifiée dès leur signature s'ils n'entrent pas dans le champ de l'article 53 de la Constitution et ne nécessitent pas, de ce fait, de procédure parlementaire. L'accord multilatéral, quant à lui, entre habituellement en vigueur à partir du dépôt d'un nombre déterminé d'instruments exprimant le consentement des États à être liés, ou passé un certain délai après ce dépôt.

1. CC 30 déc. 1976, *D.* 1977.201, note L. Hamon.

prononcer sur la conformité du même traité à la Constitution révisée ; sa décision (2 sept. 1992) affirme que ce traité ne comporte aucune clause contraire à la Constitution [1].

En 1997, le Conseil constitutionnel a été saisi conjointement par le Président de la République et le Premier ministre au sujet du *traité d'Amsterdam.* La décision du 31 décembre 1997 se situe dans la ligne de celle de 1992 admettant (à la différence de celle de 1976) le principe de certains transferts de souveraineté à une organisation internationale, mais sous l'expresse réserve qu'il ne soit pas porté atteinte « aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Or, le Conseil constitutionnel a considéré qu'une telle atteinte était portée par les dispositions du traité d'Amsterdam prévoyant le passage automatique, au bout de cinq ans, de la règle de l'unanimité à celle de la majorité qualifiée et à la procédure de « codécision » pour les mesures relatives à l'asile, l'immigration, et le franchissement des frontières intérieures et extérieures des États membres. En conséquence, il a décidé que l'autorisation de ratifier le traité ne pourrait intervenir qu'après révision de la Constitution : tel a été l'objet de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999 [2].

Le même scénario paraissait devoir se répéter en 2005. Saisi par le Président de la République à propos du « Traité établissant une Constitution pour l'Europe », le Conseil constitutionnel a décidé que l'autorisation de ratifier exigeait une révision de la Constitution [3]. Est intervenue la loi constitutionnelle du 1er mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution (et fixant sa rédaction à compter de son entrée en vigueur...). La différence est qu'il n'y a pas eu autorisation de ratifier : le non l'a emporté au référendum du 29 mai 2005.

Il est à noter que le contrôle de la conformité à la Constitution d'un traité peut être réalisé non seulement sur le fondement de l'article 54, mais aussi en application de la procédure de l'article 61. En effet, le Conseil constitutionnel a admis que, lorsqu'il est saisi (selon l'art. 61) d'une loi ayant pour objet l'autorisation de ratifier un traité, son contrôle de la constitutionnalité de la loi implique le contrôle du traité : si le traité comporte une clause contraire à la Constitution, la loi lui est elle-même contraire.

c) « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » (art. 55). Cet article fixe la valeur des engagements internationaux et leur place dans la hiérarchie des normes : ils ont une suprématie sur les lois [4].

---

1. CC 9 avr. 1992 (*JO* 11 avr. 1992) ; CC 2 sept. 1992 (*JO* 3 sept. 1992) (comm. B. Genevois, *RFDA* 1992.373 et 837 ; et comm. Fr. Luchaire, *RDP* 1992.589, 933 et 1587).
2. CC 31 déc. 1997 (*JO* 3 janv. 1998) ; analyse de J.-É. Schoettl (apportant d'utiles précisions sur les conditions dans lesquelles statue le Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi en application de l'article 54), *AJDA* 1998.135 et 186. De même, saisi par le Président de la République et le Premier ministre au sujet du Traité portant statut de la Cour pénale internationale, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 janvier 1999 (*JO* 24 janv. 1999), a considéré que la ratification du Traité exigeait une révision de la Constitution. Celle-ci a été effectuée par la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999.
3. CC 19 nov. 2004 (*JO* 24 nov.) ; *GDCC* no 51.
4. La réserve de réciprocité soulève certains problèmes : d'une part, quant à sa portée exacte, dans la mesure où elle ne concerne pas toutes les conventions internationales (notamment pas celles qui ont pour objet les droits fondamentaux : sur ce point voir, par exemple, la décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999, citée ci-dessus) ; d'autre part, quant à la vérification de son respect. V. *infra*, p. 117.

Il reste qu'un autre problème se pose : **qu'en est-il de la hiérarchie entre les engagements internationaux et la Constitution elle-même ?**

La solution est complexe dans la mesure où elle revêt deux aspects. *Dans l'ordre international* (les rapports entre États) le droit international a une supériorité sur les Constitutions des États. Le principe est affirmé par les juridictions internationales, devant lesquelles peut être engagée la responsabilité d'un État. En revanche, *dans l'ordre interne,* en France tout au moins, la Constitution a une primauté sur les engagements internationaux.

La jurisprudence du **Conseil d'État** affirme clairement cette supériorité de la Constitution. Cela ressortait implicitement de l'arrêt *Koné* du 3 juillet 1996 [1] : en matière d'extradition il a fait prévaloir un principe de valeur constitutionnelle (principe fondamental reconnu par les lois de la République) sur une Convention internationale. Un **arrêt *Sarran* de 1998** l'a confirmé : *la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 « ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle »* [2]. Et cela vaut pour le droit communautaire qui n'apparaît en rien spécifique [3].

Il faut toutefois désormais compter avec une jurisprudence du Conseil constitutionnel beaucoup plus subtile, pour ne pas dire obscure, et dont il est en tout cas difficile de mesurer la portée exacte, même si, pour l'essentiel, elle paraît toujours consacrer également la primauté de la Constitution. Cela ressort d'une décision du 10 juin 2004 [4] où le Conseil commence par citer l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; s'en déduit que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution » [5]. Tout à la fois donc la Constitution oblige à transposer ce qui la respecte et fait obstacle à la transposition de ce qui lui est expressément contraire. La décision du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une Constitution pour l'Europe précise qu'avec l'article 88-1 le constituant a consacré « l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à

1. Sur cet arrêt, v. *supra,* p. 94, note 2.
2. CE 30 oct. 1998, *M. Sarran et autres*, *AJDA* 1998.962, *RFDA* 1998.1081, concl. C. Maugüe, note D. Alland, « Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international » ; *GAJA* n° 106. Le contentieux portait sur le décret organisant la consultation de la population de Nouvelle-Calédonie sur l'accord de Nouméa. Le décret était prévu par la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998. Dès lors, étant l'application directe de la Constitution, il ne pouvait être contrôlé qu'au regard de celle-ci. En conséquence, la méconnaissance d'engagements internationaux n'était pas un motif invocable à son encontre (dans le même sens : Cass. 2 juin 2000, *Mlle Pauline Fraisse*, *RDP* 2000.1037, note X. Prétot).
3. CE 3 déc. 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, *R.* 624 : le principe de primauté invoqué par les requérants « ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution ».
4. CC 10 juin 2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique) (*JO* 22 juin 2004).
5. « ...en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ».

l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » -- Ce qui incontestablement lui confère une spécificité [1].

§ 2. L'APPLICATION DE L'ARTICLE 55 : LES JURISPRUDENCES RELATIVES AUX LOIS

Les traités et accords s'imposent à l'Administration sous le contrôle du juge. Ils sont source de droit et peuvent être invoqués par les requérants [2]. Toutefois, *les actes administratifs étant le plus souvent pris en application de lois, qu'en est-il du contrôle de celles-ci au regard des engagements internationaux ?* L'application de l'article 55 a soulevé de nombreux problèmes et a connu une importante évolution : la jurisprudence du Conseil constitutionnel a conduit à un revirement de la jurisprudence administrative.

I. Le Conseil constitutionnel

Avec le développement du contrôle de constitutionnalité des lois, s'est posée la question de la portée de l'article 55 de la Constitution et de la compétence du Conseil constitutionnel pour en assurer le respect. Puisque ce texte affirme la supériorité des conventions sur les lois, lorsque l'une de ces dernières est contraire à un traité, n'est-elle pas du même coup « non conforme » à la Constitution, et le Conseil constitutionnel ne doit-il pas la déclarer telle et, par conséquent, en rendre la promulgation impossible ? Le Conseil a répondu par la négative, en **1975**, lorsqu'il a examiné la loi relative à l'*interruption volontaire de grossesse.* Il avait été saisi par quatre-vingt-un députés qui prétendaient que ce texte violait la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 2 proclame le droit à la vie. Il a répondu que, d'une manière générale, la supériorité du traité ou de l'accord ne vaut que *sous réserve de réciprocité* et qu'il lui est donc impossible « d'annuler » une loi par une décision absolue et définitive au motif qu'elle n'est pas compatible avec une norme internationale : qui peut affirmer que la condition de réciprocité, en admettant qu'elle soit remplie, au moment où le Conseil constitutionnel statue, le restera toujours [3] ? En d'autres termes, **une loi contraire à un traité n'est pas, pour autant, contraire à la Constitution** et il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international.

Des limites ont été fixées à cette jurisprudence. En particulier :

– **en tant que juge des élections** (législatives, en l'espèce), le Conseil constitutionnel n'applique une loi *(même postérieure)* que si elle est conforme aux normes internationales (ce qui, bien entendu, ne l'empêche pas de rappeler qu'il ne saurait apprécier la

---

1. Dans la même décision le Conseil constitutionnel considère que l'affirmation dans la Traité de la primauté du droit de l'Union n'innove en rien et n'implique donc pas de révision de la Constitution. Dossier *RFDA* 2005.1.235.465 (« Les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen ») ; B. Mathieu, M. Verpeaux, F. Mélin-Soucramanien (dir.), *Constitution et construction européenne*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2006 ; T. Olson, P. Cassia, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, PUF, « Droit et justice », 2006 ; G. Alberton, « Et le conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... (ou les répercussions de la décision rendue le 19 novembre 2004 sur le juge ordinaire) », *AJDA* 2006.593.
2. CE 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, *RDP* 1952.781, note M. Waline.
3. CC 15 janv. 1975, *RDP* 1975.165, note L. Favoreu et L. Philip ; *AJDA* 1975.134, note J. Rivero ; *D.* 1975.529, note L. Hamon ; *GDCC* n° 22.

constitutionnalité d'une loi « lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution ») [1] ;

– **en tant que juge de la constitutionnalité des lois**, le Conseil constitutionnel, s'il reste fidèle à son principe (d'après lequel une contradiction entre un traité et loi n'entraîne pas l'inconstitutionnalité de cette dernière), considère qu'il lui appartient, « lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55 » ; cette formulation lui permet de décider qu'une loi substituant à l'expression « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés » (art. 55) les mots « les conventions internationales dûment ratifiées et non dénoncées » est entachée d'inconstitutionnalité, ne serait-ce que parce qu'elle écarte les accords [2].

II. Les juridictions administratives

Le juge administratif s'est, quant à lui, longtemps imposé deux règles particulièrement restrictives. D'abord, il s'interdisait le pouvoir d'interpréter lui-même les dispositions d'une convention internationale. En cas de difficultés, il renvoyait au ministre des Affaires étrangères le soin de fixer le sens de la norme à appliquer [3]. Ensuite, malgré l'article 55 de la Constitution, il se refusait à tout contrôle de la loi postérieure à une norme internationale. Même dans le cas d'une violation flagrante de cette dernière, il s'en tenait à la loi (dite loi-écran) pour vérifier son respect par l'Administration [4]. N'étant pas juge de la constitutionnalité de la loi, il ne s'estimait pas compétent pour la contrôler.

Après 1975, alors que la Cour de cassation acceptait le contrôle en question [5], le Conseil d'État n'a pas renoncé immédiatement à ces jurisprudences. Ce n'est qu'avec l'**arrêt *Nicolo* de 1989** qu'a été abandonnée toute distinction entre les lois antérieures et les lois

---

1. CC 21 oct. 1988, *RFDA* 1988.908, comm. B. Genevois.

2. CC 3 sept. 1986, *RFDA* 1987.121, comm. B. Genevois (la motivation actuelle « signifie que le Conseil, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, veille à ce que la loi ne méconnaisse pas *directement* l'article 55, par exemple en en réduisant par avance la portée. À l'inverse il n'est pas juge de l'inconstitutionnalité *indirecte* d'une loi qui serait contraire à un traité. Un conflit de ce type doit être résolu au stade de l'application de la loi »). S'est encore implicitement ajoutée, en 1992, une compétence du Conseil constitutionnel à l'égard des **lois destinées à mettre en œuvre les articles 88-2 et 88-3 du nouveau titre XV de la Constitution** (« Des Communautés européennes et de l'Union européenne ») : les mesures à prendre, est-il précisé, le seront « sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 ». De fait, l'application de l'article 88-3 (relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales) a conduit le Conseil constitutionnel à exercer un nouveau type de contrôle. Dans sa décision du 20 mai 1998 (*JO* 26 mai 1998) relative à la loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3, il énonce : « l'article 88-3 de la Constitution a expressément subordonné la constitutionnalité de la loi organique prévue pour son application à sa conformité aux normes communautaires ; [...] en conséquence il résulte de la volonté même du constituant qu'il revient au Conseil constitutionnel de s'assurer que la loi organique prévue par l'article 88-3 de la Constitution respecte tant le paragraphe premier de l'article 8 B... du traité instituant la Communauté européenne relatif au droit de vote et d'éligibilité des citoyens de l'Union aux élections municipales que la directive du 19 décembre 1994... prise par le conseil de l'Union européenne pour la mise en œuvre de ce droit ».

3. Par exemple, CE 3 juill. 1933, *Karl et Toto Samé*, *R.* 727 ; *S*, 1933.3.129, concl. Ettori, note C. Rousseau.

4. CE 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *R.* 149 ; *AJDA* 1968.235, concl. N. Questiaux.

5. Cass. 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Gaz. Pal.* 15 juill. 1975, concl. A. Touffait et note R.C. ; *AJDA* 1975.567, note J. Boulouis.

postérieures à l'entrée en vigueur des traités [1] : désormais les engagements internationaux prévalent sur les dispositions de toutes les lois et le Conseil d'État applique sans restriction l'article 55 de la Constitution. Cependant deux précisions sont à apporter. Tout d'abord l'article 55 ne vise que les traités et accords et non l'ensemble des règles de droit international. Ainsi le Conseil d'État a jugé dans l'arrêt *Aquarone* de 1997 que « ni l'article 55 de la Constitution ni aucune disposition de valeur constitutionnelle ne prescrivent ni n'impliquent que le juge administratif fasse prévaloir la *coutume internationale* sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes ». Ensuite, en ce qui concerne l'application des traités, le Conseil d'État a réaffirmé, toujours en 1997 (arrêt *GISTI*), que si la violation d'un traité peut-être un moyen invoqué devant le juge, c'est à la condition que le traité ait un *effet direct* sur les droits et obligations des personnes. Mais la notion d'effet direct est assez floue, et de surcroît certains traités n'ont des effets directs que dans certaines de leurs stipulations [2].

La jurisprudence relative aux traités a connu en outre une évolution quant à la question de leur *interprétation*. Depuis un **arrêt *GISTI* de 1990**, le juge administratif apparaît souverain quant au sens qu'il convient de donner à un engagement international : il n'est plus lié par l'interprétation qu'en donne le gouvernement (ce qui ne l'empêche pas de la solliciter) [3]. Cette évolution en matière d'interprétation ne l'a pas conduit à s'estimer compétent pour vérifier le respect de l'*exigence de réciprocité* posée par l'article 55 : selon l'arrêt *Chevrol* de 1999, une telle vérification, en cas de difficulté, du comportement d'un État étranger relève de la seule compétence du ministre des Affaires étrangères. Toutefois, dans un arrêt de 2003, la CEDH, tout en reconnaissant que la consultation du ministre puisse s'avérer nécessaire, n'a pas admis que le Conseil d'État s'oblige à suivre l'avis émis. Le caractère contraignant donné à celui-ci, estime la Cour, viole l'article 6-1 de la Convention impliquant le droit d'être entendu par un tribunal jouissant de la pleine

---

1. CE 20 oct. 1989, *M. Nicolo*, *R.* 190, concl. P. Frydman (également : *JCP* 1989.II.21371 ; *RFDA* 1989.812) ; parmi de multiples commentaires, par ex. : *AJDA* 1989, chron. Honorat et Baptiste, p. 756 et note D. Simon, p. 788 ; *RFDA* 1989, note B. Genevois, p. 824, note L. Favoreu, p. 993, note L. Dubouis, p. 1000 ; *GAJA* n° 96. Et, pour des analyses plus générales : O. Cayla, « Le coup d'État de droit », *Le Débat,* 1998, n° 100, p. 108 ; D. de Bechillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution) » *RFDA* 1998.225. Dans l'affaire *Nicolo*, pour justifier ce qui avait jusque-là été considéré comme impossible, le commissaire du gouvernement raisonne en deux temps. D'abord, tout en s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il montre que le contrôle de la conformité des lois aux traités antérieurs n'est pas un véritable contrôle de constitutionnalité. Ensuite, il propose « une autre lecture » de l'article 55 de la Constitution : lecture selon laquelle « il comporte nécessairement, par lui-même, une habilitation donnée implicitement aux juges à l'effet de contrôler la conformité des lois aux traités. » Toutefois, il est à noter que la loi « inconventionnelle » ne disparaît pas de l'ordre juridique, donc elle reste en principe applicable.

2. CE 6 juin 1997, *Aquarone*, *RFDA* 1997.1068 concl. G. Bachelier ; CE 23 avr. 1997, *GISTI*, *RFDA* 1997.585, concl. R. Abraham (dans cette affaire concernant la Convention de New York sur les droits de l'enfant, le Conseil d'État affirme que certaines stipulations ne sont pas invocables car elle n'ont pas d'effet direct). D'autres stipulations de la même convention ont un effet direct : CE 22 sept. 1997, *Mlle Cinar*, *RFDA* 1998.562, concl. R. Abraham. Sur cette question de l'effet direct, v. aussi : CE 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999.357, concl. C. Maugüe ; H. Tigroudja, « Le juge administratif français et l'effet direct des engagements internationaux », *RFDA* 2003.154.

3. CE 29 juin 1990, *GISTI*, concl. R. Abraham, *AJDA* 1990.621 ; *GAJA* n° 98. Le commissaire du gouvernement résume ainsi sa position en ce qui concerne l'interprétation des engagements internationaux : « Chaque fois que cela est nécessaire, le ministre doit être consulté ; les indications fournies par lui doivent être soumises à la discussion contradictoire des parties ; en toute hypothèse le dernier mot doit rester au juge ».

juridiction, indépendant du pouvoir exécutif. Ce n'est pas le renvoi préjudiciel au ministre qui est condamné, mais le fait que le juge se considère lié par l'avis [1].

L'application des engagements internationaux implique que le juge administratif vérifie leur *existence,* qui doit se traduire par un acte de ratification ou d'approbation, et la régularité de leur *publication*. Jusqu'en 1998 il se limitait à la vérification de l'existence, sans contrôler la régularité des actes de ratification ou approbation. Par un revirement de jurisprudence, le Conseil d'État a admis dans un arrêt du 18 décembre 1998 de contrôler leur *conformité à l'article 53* de la Constitution exigeant une loi d'autorisation pour diverses catégories de traités et accords [2].

Cette avancée du contrôle ne remet que partiellement en cause la jurisprudence traditionnelle relative aux diverses mesures du gouvernement portant sur la négociation, la conclusion, l'exécution des engagements internationaux (et, plus généralement, les actes en matière de relations internationales) : il s'agit d'**actes de gouvernement**, c'est-à-dire insusceptibles de contestation devant le juge. L'immunité des décisions du pouvoir exécutif n'est pourtant pas absolue. D'une part, en cas de dommages résultant de l'application de conventions internationales, la *responsabilité de l'État* peut éventuellement être engagée. D'autre part, les actes d'exécution des engagements internationaux peuvent, dans certains cas, faire l'objet d'un recours : s'ils concernent « l'ordre interne », ils constituent des *actes détachables* des relations internationales et sont donc susceptibles d'être attaqués en justice. L'appréciation de la détachabilité est cependant très variable : le juge décide au cas par cas, selon les circonstances de l'espèce [3].

Section 2
Les cas particuliers du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme

L'**ordre juridique communautaire** comprend les traités constitutifs qui forment le **droit communautaire originaire** ainsi que les actes des organes créés par ces traités qui constituent le **droit communautaire dérivé [4].**

---

1. CE 9 avr. 1999, *Mme Chevrol*, *AJDA* 1999.401 ; *RFDA* 1999.937, note J.-Fr. Lachaume ; CEDH 13 févr. 2003, *Chevrol/France*, *AJDA* 2003.1984, note T. Rambaud.

2. CE 18 déc. 1998, *SARL Parc d'activités de Blotzheim, AJDA* 1999.127, et *RFDA* 1999.316, concl. G. Bachelier. Un moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 53 peut aussi être invoqué par *voie d'exception* à l'occasion d'un litige mettant en cause l'application d'un engagement international (CE 5 mars 2003, *Aggoun*, *AJDA* 2003.726, *RFDA* 2003.1214, concl. J.-H. Stahl et note J.-Fr. Lachaume). En revanche, dès lors qu'une loi a autorisé la ratification d'un traité, le Conseil d'État ne contrôle pas la conformité à la Constitution du décret de publication du traité si les moyens invoqués mettent en cause la constitutionnalité de la loi elle-même (la loi fait écran) : CE 8 juill. 2002, *Commune de Porta*, *AJDA* 2002.1005. De plus, dans cet arrêt, le Conseil d'État précise qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le bien-fondé des stipulations d'un traité ou sur sa validité au regard d'autres engagements internationaux.

3. CE 30 mars 1966, *Compagnie générale d'énergie radioélectrique*, *R.* 257, *RDP* 1966.774, concl. M. Bernard (sur la responsabilité) ; CE 22 déc. 1978, *Vo Thanh Nyhia*, *AJDA* 1979.36, concl. B. Genevois, (sur les actes détachables). V. aussi le dossier 13, p. 617, sur les actes de gouvernement.

4. V. les ouvrages de droit communautaire. Pour les traités eux-mêmes : *Les traités de Rome, Maastricht, Amsterdam et Nice. Textes comparés,* La Documentation française, 2002. Du fait de la non ratification du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice, par les présidents du Conseil, du Parlement européen et de la Commission

En effet, selon l'article 249 [1] du traité instituant la Communauté européenne, pour l'accomplissement de leur mission, « le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis ». On peut laisser de côté ces deux derniers types d'actes qui, quelle que soit leur importance pratique, n'ont pas de valeur contraignante. En revanche, le *règlement,* qui a une portée générale, est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans les États membres de la Communauté. La *directive* ne lie l'État que quant au résultat à atteindre en laissant aux instances nationales le choix des moyens. Enfin la *décision,* si elle est obligatoire dans tous ses éléments, ne vaut que pour les destinataires qu'elle désigne [2].

Il en résulte, selon les termes du Conseil d'État qui en faisait déjà en 1992 l'objet de son rapport annuel, « un droit naturellement foisonnant » [3]. Les matières du droit administratif sont certes diversement concernées par le droit communautaire : s'il a considérablement influé, par exemple, sur le droit des marchés publics et celui des services publics, moins lui importent les structures administratives. Il y a autonomie institutionnelle des États et, selon le *principe de subsidiarité*, toute décision doit continuer d'être prise au niveau le plus efficace et sous la forme la plus adaptée. Il n'empêche que la force de transformation du droit interne que représente ce droit est considérable [4].

Des problèmes se posent quant à la mise en œuvre du droit communautaire par l'Administration (§ 1) et par le juge (§ 2). Même s'il faut veiller à bien les distinguer de ceux que pose la **Convention européenne des droits de l'homme**, ils sont à certains égards comparables. Avec cette dernière existe une autre juridiction (la CEDH), un autre juge donc avec lequel doivent compter notamment les juridictions nationales (§ 3).

§ 1. L'ADMINISTRATION ET LE DROIT COMMUNAUTAIRE

Il appartient aux diverses administrations de *préparer* les mesures soumises pour examen et adoption aux instances communautaires et de faire-valoir à cette occasion le point de vue national. Elles doivent *respecter* et *appliquer* les règlements ou les décisions publiés au *Journal officiel des Communautés*. Il leur incombe, en outre, de *donner suite*

---

reste dépourvue de force contraignante (Sur celle-ci, malgré tout : G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Éd. du Seuil, « Points-Essais », 2001, p. 211 ; A. Pécheul, « La charte... », *RFDA* 2001.688 ; J. Dutheil de la Rochère, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : quel apport à la protection des droits ? », *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002).

1. Dans la numérotation résultant du traité d'Amsterdam – lequel a opéré une renumérotation des articles du traité sur l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne.

2. Pour ce qui est plus précisément du traité sur l'Union européenne, v. son article 34.

3. Conseil d'État, *Rapport public 1992,* La Documentation française, *EDCE* n° 44, 1993. Le droit communautaire comprend aussi l'importante jurisprudence de la CJCE et notamment les « principes généraux du droit communautaire » (V. *infra,* p. 124).

4. V., soulignant la réciprocité des influences : n° spécial « Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen : les données du débat contemporain », *AJDA* 1996 ; *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, La Documentation française, 2000 (et de L. Dubouis, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999) ; J. Dutheil de La Rochère, « Influence du droit français en droit communautaire/droit de l'Union européenne », *RFDA* 2001.909.

aux directives qui imposent aux États des objectifs qu'ils doivent atteindre selon les modalités et les techniques les plus appropriées et dans les délais fixés. D'un point de vue général, elles participent, dans l'exercice de leurs compétences, à la conduite des **politiques communautaires** (politique agricole commune, politique des transports, politique énergétique, etc.). Il leur faut s'adapter. S'imposent des mutations qui apparaissent comme pouvant être mises à profit pour la recherche de réformes susceptibles de répondre à l'objectif prioritaire de modernisation des administrations.

Dans cette action, le Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) joue un rôle essentiel [1]. Sous l'autorité du Premier ministre, c'est un organe de *coordination* entre les administrations nationales et les institutions communautaires. Il veille à la *cohérence* des positions françaises et contribue à l'information du Parlement dans le cadre de la procédure prévue à l'article 88-4 de la Constitution [2]. Il travaille en liaison étroite avec le ministère des Affaires étrangères et avec l'ambassade de la France auprès de l'Union européenne, tout comme avec le Comité interministériel sur l'Europe dont il assure le secrétariat. À l'avenir, le nouveau Centre d'analyse stratégique (qui remplace le Commissariat général du plan) devrait être appelé à intervenir beaucoup, jouant un rôle d'« interface » entre le niveau communautaire et un niveau national où il apparaît de plus en plus impératif d'associer plus largement les partenaires potentiels [3].

Les relations entre les instances européennes et françaises n'ont pas toujours été faciles. Comme l'a montré le résultat du référendum du 29 mai 2005, une certaine conception de la *souveraineté de l'État* subsiste et conduit à une réelle réticence vis-à-vis de ce que décide la « bureaucratie » communautaire. À cet égard, en dépit de la volonté souvent affichée de mieux faire [4], le fréquent retard de la France dans la transposition des directives semble assez révélateur. Et l'est encore plus le refus du législateur de tenir compte de directives. Quelques affaires ont été du plus mauvais effet, telle celle des dates d'ouverture de la chasse aux oiseaux, qui a pris une forte dimension politique : en effet, deux lois (de 1994 et 1998) ont fixé des dates incompatibles avec une directive datant du 2 avril 1979, et il n'est guère étonnant que cette situation juridique ait soulevé un contentieux complexe [5]. N'ont rien arrangé, les arrêts de la CJCE, en 2005 et 2006, condamnant la

---

1. Institué par le décret du 17 octobre 2005 (*JO* 18 oct.), il remplace le Secrétariat général du comité interministériel pour la coopération économique européenne (SGCI), qui avait été créé dès 1948. Intervient aussi, par exemple, la direction des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères qui assure la représentation de la France devant la Cour de justice de Luxembourg.
2. *Infra*, p. 136.
3. Circulaire du Premier ministre, du 19 déc. 2005, relative à l'association du Parlement, des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et de la société civile aux processus de décision européens (*JO* 9 févr. 2006).
4. V. les circulaires du Premier ministre, du 9 novembre 1998 (*JO* 10 nov.) et du 27 septembre 2004 (*JO* 2 oct.) et le recours aux ordonnances avec une loi du 18 mars 2004 portant habilitation du gouvernement à transposer par ordonnances des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire (*JO* 19 mars 2004) (concernant plusieurs dizaines de directives...).
5. V. particulièrement la jurisprudence de 1999 du Conseil d'État dans laquelle il décide d'écarter l'application des lois de 1994 et 1998, incompatibles avec la directive : CE 3 déc. 1999*, Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse* (1re espèce) et *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France-Nature-Environnement* (2e espèce), *RFDA* 2000.59, concl. F. Lamy, *AJDA* 2000.120. La première affaire concernait la question de l'usage par le Premier ministre de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, afin de modifier la loi (sur ce point, v. *infra,* p. 160). La seconde affaire portait sur le problème de l'exercice, par le ministre de l'Environnement, de sa compétence réglementaire en matière de chasse, fondée sur le

France à astreintes et autres « sommes forfaitaires » (les plus fortes jamais prononcées)[1]. Néanmoins, il semble que la situation soit en voie d'amélioration [2].

§ 2. Le juge et le droit communautaire

A. Interprétation du droit communautaire

S'agissant du droit communautaire (originaire ou dérivé), le juge administratif est tenu de s'abstenir d'interpréter, du moins dans certains cas.

En effet, selon l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne, c'est la *Cour de justice des Communautés européennes* qui est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des traités ainsi que des actes pris par les institutions de la Communauté. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un État, celle-ci **peut ou doit,** selon les cas, surseoir à statuer et renvoyer à la Cour de justice le soin d'interpréter les textes dont dépend sa décision. Elle le **peut** si les jugements qu'elle rend sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne interjeté devant une autre juridiction (appel ou cassation). Elle le **doit** si ses propres décisions sont à l'abri d'une telle voie de recours [3].

La **faculté** du renvoi pour interprétation est donc la règle. L'**obligation** de renvoi ne vaut pratiquement, dans le cas de la France, que pour le **Conseil d'État** et la **Cour de cassation**.

Cette dernière a appliqué sans réticence les dispositions des traités instituant les Communautés. Elle a voulu faciliter l'**unicité** de l'interprétation du droit communautaire qui est aussi nécessaire que la cohérence des interprétations du droit interne assurée par l'intervention des *cours souveraines* [4]. En revanche, le Conseil d'État avait d'abord manifesté quelques réticences. Il utilisait (et sans doute, le ferait-il encore, si l'occasion s'en présentait) la **théorie de l'acte clair** pour éviter de se dessaisir au profit de la Cour de justice. Cela dit, il n'est plus possible de ce point de vue d'opposer les deux ordres juridictionnels car la haute juridiction administrative n'hésite pas, depuis 1970, à utiliser la procédure du renvoi [5].

---

code rural : le juge décide que le ministre ne pouvait justifier son refus d'agir en invoquant l'existence de disposition législatives... qui sont inapplicables. Début 2006, le juge des référés (CE, Ord. 8 févr. 2006, *AJDA* 2006.287) en était encore à devoir ordonner la suspension d'un arrêté relatif à la fermeture de la chasse aux merles noirs et au grives.

1. Sur le premier de ces arrêts (affaire des « poissons sous-taille ») : chron. *AJDA* 2005.2338.
2. V. site internet de l'Assemblée nationale, Délégation pour l'Union européenne, rapport (enregistré le 4 juill. 2006) sur la transposition des directives européennes.
3. Concernant les particularités introduites par le Traité sur l'Union européenne (et sur tout ce §), par exemple : F. Luchaire, *Le droit européen et son application en France*, Economica, 2006.
4. L'expression est fréquemment utilisée pour désigner le Conseil d'État et la Cour de cassation. Mais il ne faut pas oublier que, dans l'ordre judiciaire, les cours d'appel sont des « cours souveraines », bien que leurs arrêts puissent être remis en question par la voie du recours en cassation et qu'elles ne soient donc pas obligées de renvoyer à la Cour de justice des Communautés l'interprétation des normes communautaires.
5. Comparer : CE 19 juin 1964, *Société des pétroles « Shell berre » et autres*, *R.* 344, *RDP* 1964.1019, concl. Questiaux, *AJDA* 1964.438, note A. de Laubadère ; CE 10 juill. 1970, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales (Synacomex)*, *R.* 608, *JCP* 1971.16701, concl. Questiaux.

B. Application du droit communautaire

Dans l'esprit et même d'après la lettre des traités, il ne fait pas l'ombre d'un doute que le droit communautaire, dans son ensemble (originaire et dérivé), se caractérise par son *applicabilité directe* dans les États (*self executing*) et qu'il l'emporte sur le droit interne.

La Cour de cassation en a tiré les conséquences : dès 1975, dans une affaire où le droit communautaire était en cause, elle a admis de faire prévaloir la norme internationale sur toute loi postérieure contraire [1].

Tel n'a pas toujours été le cas du Conseil d'État qui est ainsi longtemps apparu comme étant « essentiellement une juridiction **nationale**, persuadée de l'excellence du système **national** et entendant agir comme gardien de la légalité **nationale** » [2]. Il l'a montré, notamment de deux manières. En premier lieu, il a commencé par bannir tout contrôle de communautarité de la loi : le juge administratif, affirmait un commissaire du gouvernement, « ne peut *ni censurer ni méconnaître une loi* » au motif qu'elle viole le droit communautaire (lorsque la loi lui est postérieure) [3]. En second lieu, le Conseil d'État n'a pas suivi la CJCE qui a estompé la distinction entre les règlements et les directives en estimant que, dans certains cas, ces dernières peuvent aussi « produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers ». Il a maintenu sa position et l'**arrêt *Cohn-Bendit* de 1978** affirme que les directives, dès lors qu'elles ne fixent qu'un objectif à atteindre, ne peuvent avoir le moindre effet direct ; par suite, il a considéré qu'elles ne sauraient être seules invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre un acte individuel, « quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent » [4]. Évidemment, cette jurisprudence n'a jamais dispensé les autorités nationales de l'obligation d'adapter leur législation et leur réglementation aux dispositions que contiennent les directives : l'intéressé a toujours pu contester la régularité des mesures réglementaires nationales au regard des directives qu'elles prétendent mettre en œuvre ou qu'elles ignorent [5].

Il n'y a pas eu abandon de la jurisprudence *Cohn-Bendit* mais les choses ont tout de même beaucoup évolué. Aujourd'hui, ce sont plutôt les adversaires de l'Europe qui, schématisant sans doute exagérément la jurisprudence, déplorent un certain excès de zèle

---

1. *Supra*, p. 116.
2. C.-A. Colliard, « Le juge administratif français et le droit communautaire », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, p. 187 ; B. Genevois, « Le Conseil d'État et l'ordre juridique communautaire », *EDCE* 1979-1980, p. 73.
3. Le Conseil d'État appliquait le *système de la « loi-écran »* (V. *supra,* p. 116) lorsqu'il était saisi d'un recours contre un acte réglementaire d'application d'une loi tendant à obtenir l'annulation de cet acte en raison d'une violation des dispositions du droit communautaire. Toutefois, il examinait la conformité de l'acte administratif au traité (nonobstant l'écran de la loi) lorsque cet acte était pris en application d'une simple *loi-cadre* attribuant une compétence large au pouvoir réglementaire sans poser de règles de fond. CE 19 nov. 1986, *Société Smanor*, *R.* 260 ; *JCP* 1987.II.20822, concl. B. Lasserre ; *AJDA* 1986.681.
4. CE 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c/Cohn-Bendit*, *D.* 1979.155, concl. B. Genevois et note B. Pacteau ; *GAJA* n° 91.
5. CE 28 sept. 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française*, *AJDA* 1984.695 ; 7 déc. 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, *AJDA* 1985.104, chron. S. Hubac et J.-É. Schoettl, p. 83. Et le Conseil d'État a admis qu'un requérant contestant un acte individuel puisse soulever l'exception d'illégalité à l'encontre du règlement servant de fondement à l'acte, lorsqu'il est contraire à une directive. V. notamment CE 8 juill. 1991, *Palazzi*, *AJDA* 1991.827.

« supranationaliste » du Conseil d'État. L'évolution la plus spectaculaire est incontestablement celle qui résulte de l'**arrêt *Nicolo* :** affaire où précisément le juge administratif a contrôlé la *compatibilité d'une loi* avec le traité de Rome [1]. La portée du revirement est, en pratique, d'autant plus grande qu'il s'est logiquement appliqué au *droit communautaire dérivé* [2].

Même en ce qui concerne les **directives**, des précisions ont été apportées. D'abord, « les autorités de l'État ne peuvent se prévaloir des dispositions d'une directive qui n'ont pas fait l'objet d'une transposition » [3]. Ensuite, ces mêmes autorités ne peuvent « après l'expiration des délais impartis [...] laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives [4]. De plus, la responsabilité de l'État peut être engagée du fait de la non-transposition par le législateur d'une directive [5]. Si l'on ajoute que le contrôle de la mise en œuvre des directives est rigoureux et que la CJCE, de son côté, a aussi précisé et limité la portée de sa jurisprudence, une coexistence des positions de chaque juridiction semble se réaliser. En effet, en 1998, le Conseil d'État a rendu des décisions qui semblent fort proches d'un revirement par rapport à la jurisprudence *Cohn-Bendit*. Il a jugé que des particuliers peuvent se prévaloir d'une directive (qui n'avait pas été transposée dans le délai imparti) dans un recours contre des actes relatifs à la passation de contrats. Certes il n'a pas affirmé que les directives ont un effet direct ; mais en l'occurrence les requérants ne pouvaient soulever l'exception d'illégalité d'un règlement incompatible... qui n'existait pas. Il leur fallait donc se prévaloir en fait de la directive à l'encontre des décisions, le problème étant l'incompatibilité du droit national « vide »... » [6].

---

1. *Supra*, p. 111. Si l'arrêt lui-même n'est pas très explicite, on notera qu'il vise l'article 55 de la Constitution et, par là même, donne à penser que le Conseil d'État assimile le traité de Rome à un traité « ordinaire » ; dès lors, selon la jurisprudence *Sarran* (*supra*, p. 114), il y a supériorité de la Constitution sur le traité.
2. CE 24 sept. 1990, *Boisdet*, *AJDA* 1990.863 et chron. p. 906 (application aux règlements) ; CE 28 févr. 1992*, SA Rothmans International France et SA Philipp Morris France* (1re esp.), *Société Arizona Tobacco Products et SA Philipp Morris France* (2e esp.), *AJDA* 1992.210, concl. M. Laroque (application aux directives). Dans la même ligne le Conseil d'État a jugé que le gouvernement doit s'abstenir de prendre les actes réglementaires d'application d'une loi lorsque celle-ci est incompatible avec les objectifs d'une directive (le gouvernement est tenu de se conformer « aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution »), CE 24 févr. 1999, *Association de Patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, *AJDA* 1999.823, note R. Ricci.
Sur cette évolution, v. B. Stirn, « Le Conseil d'État et l'Europe », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant,* Dalloz, 1996, p. 653 ; et *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges* (dir. B. Lukaszewicz et H. Oberdorff), Presses universitaires de Grenoble, 2004.
3. CE 23 juin 1995, *SA Lilly France*, *RFDA* 1995.1037, concl. C. Maugüe.
4. L'expiration des délais de transposition entraîne l'irrégularité des règlements et il y a obligation de satisfaire toute demande tendant à leur abrogation (CE 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, *RFDA* 1989.391, concl. N. Chaid-Nouraï, notes L. Dubouis et O. Beaud ; le principe a une portée générale et s'applique à tout règlement irrégulier ; v. *infra,* p. 485).
5. Arrêt *Société Arizona Tobacco*, ci-dessus ; il fait suite à la jurisprudence *Francovich et Bonifaci* de la CJCE (19 nov. 1991, *AJDA* 1992.143, note P. Le Mire) : le préjudice causé doit être réparé « dans le cadre du droit national de la responsabilité » ; en France, alors que la non-transposition par le pouvoir réglementaire ne peut qu'engager sans conteste la responsabilité de l'État, la responsabilité du fait de la loi ne va toutefois pas de soi et son fondement reste incertain (*infra,* p. 591).
6. CE 6 févr. 1998, *Tète*, *RFDA* 1998.407, concl. H. Savoie ; *AJDA* 1998.403 et 458. Cette affaire concernait une délibération de la communauté urbaine de Lyon autorisant la concession pour la construction du périphérique nord de Lyon. À l'époque aucune loi ni aucun règlement n'était encore

Une autre question, assez délicate, s'est posée : celle des **principes généraux du droit communautaire**. Dégagés peu à peu, depuis les années soixante, par la CJCE, ils constituent aujourd'hui un ensemble important de normes qui, selon la Cour, font partie du droit communautaire et doivent donc prévaloir sur les normes nationales. Plusieurs de ces principes correspondent à des principes de droit interne (droits de la défense, égalité [1], proportionnalité). Il n'en va pas de même pour les *principes de « sécurité juridique » et de « confiance légitime »*. Les deux répondent à la nécessité d'une certaine stabilité des règles et des situations juridiques, et sont des principes associés. Mais que recouvre exactement la sécurité ? Le souci de concilier le principe de légalité avec la sécurité juridique est présent depuis longtemps en droit français (avec les principes de non-rétroactivité des actes administratifs et du respect des droits acquis). Pour autant, il ne s'est pas d'emblée accompagné d'une consécration par les juridictions françaises d'un « principe général » de sécurité juridique [2]. Et quelle est la portée du principe de confiance légitime ? Issu du droit allemand, il « exprime l'idée que, lorsqu'une autorité publique suscite chez un particulier l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime, cette autorité doit en tenir compte d'une manière appropriée » [3]. Deux problèmes, en réalité, sont à distinguer : celui de l'application des principes en cause lorsqu'un acte administratif est à prendre dans le champ d'application du droit communautaire et celui de leur consécration comme principes internes ayant une portée générale. Sur le premier problème, le Conseil d'État a logiquement apporté une réponse positive : en 2001, il contrôle qu'un décret intervenu dans le cadre de la politique agricole commune respecte bien le principe de confiance légitime [4]. Concernant le second, il n'en est pas allé de même. Ainsi, toujours en 2001, le Conseil d'État n'a pas reconnu ce principe de confiance légitime comme principe général du droit applicable aux situations seulement régies par

---

intervenus pour réglementer la passation de ce type de contrat : seules existaient des règles jurisprudentielles laissant une liberté aux autorités. Or une directive de 1989 imposait des mesures de publicité. Dès lors le Conseil d'État a jugé que « les règles nationales » n'étaient pas compatibles avec les objectifs de la directive, et qu'elles ne pouvaient pas, « donner de base légale à la délibération attaquée ». Il a donc fait jouer l'exception d'incompatibilité... à l'égard des règles jurisprudentielles. V. aussi dans la même ligne, CE 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*, *AJDA* 1998.553. Synthèse de P. Cassia, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA* 2002.20. Et, plus récemment (suite logique ?) : P. Cassia, « Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit ? », Tribune *AJDA* 2006.281.

1. Sur l'importance et les multiples effets du principe d'égalité en droit communautaire, v. R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 232, 2003 (préface de G. Soulier).

2. B. Pacteau, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », M. Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA* n° spécial 20 juin 1996, p. 115 et p. 178 ; D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996. p. 403 ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, « Le principe de sécurité juridique » (différentes études réunies et présentées par B. Mathieu) ; M. Delamarre, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA* 2004.186.

3. J.-M. Woehrling : « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », *Liber amicorum Jean Waline,* Dalloz, 2002 (non, dit-il, elle ne peut). À comparer avec S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001 (qui parle de « menace pour le système juridique français »).

4. CE 11 juill. 2001, *FNSEA, RFDA* 2002. 33, concl. F. Seners, note L. Dubouis : principe respecté dès lors que « les producteurs prudents et avisés ont été mis en mesure... de prévoir l'adoption de la mesure litigieuse ».

le droit interne [1]. De son côté, le Conseil constitutionnel avait affirmé, en 1996, qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de « confiance légitime » » [2]. Si la position du Conseil d'État concernant le principe de confiance légitime demeure, il en va autrement s'agissant du principe de sécurité juridique [3].

§ 3. Le juge et la Convention européenne des droits de l'homme

Tout comme avec le droit communautaire, le juge administratif, de plus en plus, doit compter avec la Convention européenne des droits de l'homme et la Cour (CEDH) chargée d'en assurer le respect.

Deux articles de la Convention le concernent particulièrement : l'*article 6, § 1,* selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » ; l'*article 13* prévoyant que « toute personne dont les droits et libertés reconnus par la présente convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale ». L'un et l'autre, s'ils consacrent des principes que le droit français n'ignorait évidemment pas, le font en des termes susceptibles d'être diversement interprétés.

Tel que précisé par la CEDH, le champ d'application de l'article 6, § 1, inclut assez largement le contentieux administratif. La contestation de caractère civil s'apprécie indépendamment de l'ordre de juridiction compétent pour statuer (au regard du droit interne). Il suffit que l'issue de la procédure soit « déterminante pour des droits et obligations de caractère privé », ce qui est le cas, par exemple, d'une action en responsabilité, même dirigée contre une personne publique [4]. De même, la notion d'accusation en matière pénale est tout à fait spéciale. Décide notamment du bien-fondé d'une telle accusation, l'autorité prononçant des sanctions disciplinaires ayant le caractère de décisions juridictionnelles [5]. Dans le champ ainsi déterminé, chacun des termes de la Convention peut prêter lui aussi à discussion. Qu'implique exactement l'indépendance et l'impartialité de la juridiction ? L'équité de la procédure ? La publicité des débats ? Le délai raisonnable ? Qu'en est-il, par ailleurs, du droit à un recours effectif reconnu par l'article 13 ? Sur cette seule dernière question, il est clair que les jurisprudences

---

1. CE 9 mai 2001, *Entreprise personnelle Transports Freymuth* (V. concl. citées ci-dessus). Affaire dans laquelle le juge de première instance l'avait, au contraire, admis et appliqué (TA Strasbourg, 8 déc.1994, *Entreprise Freymuth*, *AJDA* 1995.555, concl. J. Pommier), avant que son jugement ne soit annulé par la Cour d'appel au motif qu'il n'avait pas été méconnu (CAA de Nancy, *AJDA* 1999.880).
2. CC 30 déc. 1996 (*JO* 31 déc. 1996) ; CC 7 nov. 1997, *AJDA* 1997.969, comm. J.-E. Schoettl.
3. V. *infra*, p. 152.
4. CEDH 24 oct. 1989, *H. c/France*, *RFDA* 1990.220, note O. Dugrip et F. Sudre.
5. CE 29 nov. 1999, *Soc. Rivoli Exchange*, *RFDA* 2000.207 (sanctions prononcées par la Commission bancaire). L'application de l'article 6, § 1, tend à se développer, non sans quelques difficultés et incertitudes. V. *infra*, p. 499, pour les sanctions administratives, et sur la question assez complexe de l'invocabilité par les collectivités territoriales des stipulations de la CEDH dans les litiges les opposant à l'État, CE 29 janv. 2003, *Commune d'Annecy*, et *Commune de Champagne-sur-Seine* (2 arrêts), *AJDA* 2003.613, concl. L. Vallée.

traditionnelles du Conseil d'État relatives aux mesures d'ordre intérieur et aux actes de gouvernement n'ont pu que poser des problèmes de compatibilité avec la Convention [1].

Entre la jurisprudence de la Cour et celle du juge administratif, il y a, comme avec toute autre juridiction, risque de contrariété. Aucun mécanisme juridique ne permet de l'éviter : contrairement à ce qui se passe avec la CJCE, il n'existe pas de procédure de renvoi préjudiciel. La juridiction nationale interprète elle-même la Convention lorsqu'elle est amenée à en faire application, soit pour écarter une loi qui lui serait contraire, soit pour annuler un acte administratif ne la respectant pas. Elle ne peut cependant pas ignorer la jurisprudence de la CEDH. Si elle adopte et maintient des positions divergentes, le justiciable a la possibilité d'engager une procédure susceptible de conduire à la condamnation de la France : au terme de cette procédure, en effet, la Cour pourra, le cas échéant, affirmer la non-conformité à la Convention de tel acte juridique ou comportement administratif, alors même que le juge national ne l'aura pas considéré comme irrégulier [2].

Les jurisprudences administratives tendent, en conséquence, à s'adapter, ce dont témoigne l'arrêt *GISTI*, de 1990 [3] : en ne s'en remettant plus au ministre des Affaires étrangères pour interpréter les conventions internationales, le Conseil d'État préserve l'égalité entre les parties et donc le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6, § 1, de la Convention — Tel n'était pas le cas auparavant ; il y avait, observait le commissaire du gouvernement, rupture de l'égalité entre les parties ; par le biais de l'interprétation du traité demandée au ministre, c'est l'État défendeur qui possédait la clé de la solution [4]. D'une manière générale, on peut sans doute admettre que « les deux jurisprudences (du CE et de la CEDH) convergent... en dépit d'incertitudes qui subsistent » [5].

---

1. V. *infra*, p. 620 (mesures d'ordre intérieur) et p. 617 (actes de gouvernement).
2. Que cela ne puisse être ignoré, ne suffit évidemment pas à faire d'une telle procédure l'équivalent d'un pourvoi en cassation. Dans l'affaire *Chevrol* (citée *supra*, p. 117), le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que la décision de la CEDH condamnant sa jurisprudence n'avait pas eu pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle au profit de la requérante. Aucune stipulation de la Convention, ni aucune disposition du droit interne ne le prévoyant, il a rejeté le recours lui demandant de revenir sur l'arrêt qu'il avait rendu et qui était devenu définitif : CE 11 févr. 2004, *Mme Chevrol*, *AJDA* 2004.439.
3. V. *supra*, p. 117.
4. La condamnation à plusieurs reprises de la France pour durée excessive d'une procédure juridictionnelle n'a pas été non plus sans effet : dans un arrêt du 28 juin 2002, *Magiera*, le Conseil d'État a admis la responsabilité de l'État pour non respect du délai raisonnable (*supra*, p. 62 et *infra*, p. 576).
Parmi les arrêts de la CEDH ayant fait grand bruit parce que susceptibles d'avoir un impact sur l'organisation même des juridictions administratives : *supra*, p. 43 (*Procola*) et p. 57 (*Kress*).
5. J.-P. Costa, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2001.514 ; *ibid.,* M. Guyomar, « Le principe vu par le Conseil d'État » ; ainsi que les rubriques régulièrement consacrées depuis quelques années par les revues de droit administratif à l'actualité de la CEDH.

Chapitre 3

Les lois

Dans un ordre juridique en pleine transformation, les lois ne sont plus à certains égards qu'une catégorie de normes parmi d'autres. Elles n'en conservent pas moins l'aura que donne le mot même de « loi ». La loi est, dans les sciences de la nature ou dans les sciences de l'homme, une sorte de modèle mathématique exprimant des rapports entre deux ou plusieurs données (loi de la chute des corps...). Débordant ainsi le domaine du droit où elle apparaît comme un élément de la réglementation de la conduite des êtres humains [1], elle caractérise toute une manière de penser [2]. Sa définition, en droit français, est relativement complexe et la diversité des lois est assez grande (Section 1) même si le rôle du législateur a décliné (Section 2).

Section 1
La définition de la loi et la diversité des actes législatifs

À la loi proprement dite, dont la définition fait appel à plusieurs critères (§ 1), s'ajoutent aujourd'hui différentes catégories de textes qui lui sont assimilées (§ 2).

§ 1. La loi proprement dite

Lorsqu'il s'agit notamment de la distinguer d'un règlement, la loi se reconnaît à sa *présentation :* elle est l'acte que le législateur nomme ainsi et qui est *promulgué* comme tel. Son texte est alors publié au *Journal officiel* et, dans la pratique actuelle, il est précédé d'un *intitulé*, par exemple (*JO* 17 oct. 1997, p. 15076) : loi n° 97-940 du 16 octobre 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes [3]. Il faut toutefois préciser qu'une nouvelle catégorie de lois obéit à des règles particulières : les *« lois du pays »* en Nouvelle-Calédonie. Adoptées par l'assemblée de cette collectivité, dans des matières

---

1. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 5e éd., « Quadrige », 1999, p. 579 (définitions du mot loi).
2. A. Supiot, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », dans *La norme, la ville, la mer. Écrits de Nantes pour le doyen Yves Prats*, Éd. de la Maison des sciences de l'homme, 2000, p. 21.
3. Le numéro est attribué par le secrétariat général du gouvernement en fonction de l'année (deux premiers chiffres) et de l'ordre de sortie des textes. La date est celle de la promulgation (et non du vote ni de la publication).

déterminées, ces lois sont promulguées par le haut-commissaire de la République et publiées au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie [1]. Elles doivent donc être nettement distinguées de celles qui ont un caractère national – Tout comme il ne faut pas les confondre avec les « lois du pays » de la Polynésie française... qui sont des actes administratifs ![2]

Au-delà de cette donnée concrète, la détermination des lois est opérée différemment selon que le régime politique est caractérisé par la confusion des pouvoirs ou par leur séparation : dans le premier cas, le critère formel intervient seul ; dans le second cas, le critère organique est primordial mais il est combiné avec le critère matériel par le parlementarisme rationalisé.

A. Confusion des pouvoirs

Dans certaines périodes de crise [3], le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont pu être exercés par les mêmes autorités. Il était alors impossible de distinguer les lois des règlements par leurs auteurs. L'ambiguïté était totale.

Cette situation est illustrée par le gouvernement de Vichy pendant la Seconde Guerre mondiale. Les actes dits lois, signés du chef de l'État, le maréchal Pétain, ou du chef du gouvernement, Pierre Laval, étant pris par décrets en Conseil des ministres, s'est notamment posée la question de leur contrôle par le juge. Le Conseil d'État leur a appliqué le régime juridique des lois, dès lors qu'ils contenaient la formule suivante : « Le présent décret sera exécuté comme la loi de l'État » [4]. Était-ce là une solution qui logiquement s'imposait ? N'était-ce pas d'abord plutôt, face au régime de Vichy, le fruit d'une démarche « en retrait » d'un juge qui manquait d'audace [5] ?

---

1. Loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (*JO* 21 mars 1999) et décret du 27 septembre 1999 relatif à la promulgation des lois du pays en Nouvelle-Calédonie (*JO* 30 sept. 1999).
2. Loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (*JO* 24 mars 2004). V. O. Gohin, « Les lois du pays : contribution au désordre normatif français », *RDP* 2006.85.
3. Bien entendu, la confusion des pouvoirs n'est pas liée nécessairement à une crise, elle peut exprimer une idéologie indépendamment des aléas, des péripéties ou des conjonctures. Mais, dans le cadre d'une démocratie parlementaire, elle ne peut être qu'une parenthèse.
4. CE 22 mars 1944, *Vincent*, *S.* 1944.3.53, concl. H. Detton, note R.-É. Charlier (extraits des conclusions du commissaire du gouvernement : « Le Conseil d'État s'est toujours refusé à se faire juge de la régularité de la loi, et, notamment, de sa constitutionnalité. Au temps où la loi émanait d'une autorité dont le seul rôle était de légiférer (le Parlement), il vous suffisait de constater l'existence formelle de la loi et vous vous refusiez à toute autre investigation. Aujourd'hui, les lois sont prises par décret en Conseil des ministres, mais votre position doit rester la même. Vous devez vous refuser à admettre un recours dirigé contre un décret en Conseil des ministres, dès lors que ce décret revêt la forme d'une loi, c'est-à-dire contient la formule : « Le présent décret sera exécuté comme loi de l'État ». Vous ne pouvez juger des actes législatifs, quelle que soit l'autorité qui exerce le pouvoir de faire les lois. »).
5. V. M.-O. Barruch, *Servir l'État. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, 1997, p. 58. Il en ressort que lorsque cette question s'est posée en 1940, « les juristes — professeurs de droit et Conseil d'État confondus — en déduisirent que, bien que ne représentant plus l'expression de la volonté générale, « la loi (ainsi édictée) ne (pouvait) jamais être illégale, et (était) ainsi toujours insusceptible d'un recours juridictionnel de légalité » ». La formule est de R. Bonnard : « On ne peut que saluer, par opposition, ajoute M.-O. Barruch, la liberté d'esprit de F. Julien-Laferrière, professeur de la Faculté de droit de Paris, qui estima, dans son *Nouveau Droit public de la France* (Paris, Sirey, 1941, p. 9), que « la loi, œuvre personnelle du Maréchal (n'est plus) l'expression de la volonté générale. L'auteur de la loi actuelle est le chef de l'État, c'est-à-dire un organe qui, dans notre système d'autorités, relève du contrôle juridictionnel, et qui doit en relever aussi bien pour ceux de ses actes qui sont l'exercice du pouvoir législatif, étant donné

La même solution a été appliquée aux ordonnances du **Comité français de libération nationale** et du **gouvernement provisoire de la République française** créés par le général de Gaulle pour poursuivre la résistance contre l'Allemagne qui occupait alors une partie du territoire français [1].

B. Séparation des pouvoirs

I. L'auteur du texte

Le principe est que la loi est l'œuvre du Parlement mais la Constitution de 1958 prévoit aussi l'adoption d'une loi directement par le peuple (référendum).

a) La loi parlementaire

La loi est **l'acte voté par le Parlement selon la procédure fixée par la Constitution et promulgué par le chef de l'État.**

L'initiative appartient concurremment aux députés et aux sénateurs (propositions de loi) ainsi qu'au Premier ministre (projets de loi). Le texte est délibéré en *commission,* puis il est examiné en *séance publique* : à cette occasion le gouvernement et les parlementaires exercent leur droit d'*amendement*. L'adoption suppose un vote favorable des deux assemblées ; toutefois, en cas de désaccord persistant, l'Assemblée nationale peut être appelée à trancher en dernier ressort.

La loi adoptée est éventuellement soumise au *contrôle du Conseil constitutionnel*. Dans le cas où celui-ci déclare tout ou partie du texte non conforme à la Constitution, les dispositions censurées ne peuvent entrer en vigueur. Hormis ce cas, le président de la République a l'*obligation* de promulguer les textes votés dans un délai de quinze jours à partir de leur adoption définitive par le Parlement. Pour leur entrée en vigueur, s'applique l'article 1er du Code civil, modifié par l'ordonnance du 20 février 2004 [2].

Parmi les lois, il en est qui sont qualifiées de **lois organiques**. Il s'agit de lois expressément prévues par la Constitution. Votées et modifiées dans les conditions que précise l'article 46 de cette Constitution, elles ne peuvent être promulguées qu'après avoir été soumises au Conseil constitutionnel qui en examine la conformité à la Constitution.

En fonction de leur objet, on distingue aussi la **loi de finances,** qui détermine le budget de l'État (ressources et charges), la **loi de programme,** qui fixe les objectifs de l'action économique et sociale de l'État, ou bien encore la **loi d'habilitation,** qui permet au gouvernement de légiférer par voie d'ordonnances en application de l'article 38 de la Constitution de 1958, la **loi d'orientation,** qui détermine des finalités et des principes fondamentaux (comme la loi du 13 décembre 2000 pour l'outre-mer), etc. S'est ajoutée en 1996, la **loi de financement de la Sécurité sociale** qui détermine notamment les conditions générales de son équilibre financier.

---

que dans la nature et les éléments internes des manifestations de ce pouvoir aucune donnée ne répugne au contrôle juridictionnel ». On peut rêver devant l'usage qu'aurait pu faire de cette analyse un Conseil d'État intellectuellement audacieux. »

1. CE 22 févr. 1946, *Botton*, *R.* 58, *S.* 1946.3.56, note M.P.H ; 4 mars 1949, *Trèbes et autres*, *R.* 105.
2. V. *infra*, p. 481.

b) La loi référendaire

Le référendum peut intervenir dans trois cas prévus par les articles 11 et 89 de la Constitution.

– En vertu de l'article 11, sur proposition du gouvernement ou sur proposition conjointe des deux assemblées, le président de la République peut soumettre au référendum *les projets de lois ordinaires qui portent sur l'organisation des pouvoirs publics ou* — depuis la loi constitutionnelle du 4 août 1995 — *sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la Nation et aux services publics qui y concourent*. La proposition ne peut intervenir que pendant les sessions parlementaires ; elle est publiée au *Journal officiel*. En outre — depuis 1995 — lorsque le référendum est organisé sur proposition du gouvernement, celui-ci fait devant chaque assemblée une déclaration qui est suivie d'un débat. Si le projet est adopté, il est promulgué par le chef de l'État dans les quinze jours qui suivent.

– Dans les mêmes conditions, selon les mêmes modalités, avec les mêmes effets un référendum peut autoriser la *ratification d'un traité* qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

– Selon l'article 89, lorsqu'un *projet ou une proposition de révision de la Constitution* ont été votés en termes identiques par les deux assemblées, le président peut les faire approuver définitivement par un référendum. Il peut aussi, dans le cas où la révision a été présentée sous la forme d'un projet (émanant de l'exécutif), la soumettre au Parlement réuni en congrès et votant à la majorité des trois-cinquièmes des suffrages exprimés.

Dans ces trois cas (*lois, traités, révisions constitutionnelles*), le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et proclame les résultats du référendum mais il n'est pas compétent pour apprécier la constitutionnalité du texte adopté par le peuple souverain [1]. Telle est même la seule différence notable entre le régime juridique de la loi parlementaire et celui de la loi référendaire. Ce point mis à part, les deux types de lois sont identiques : en particulier, une loi parlementaire peut parfaitement modifier (ou abroger) une loi référendaire.

II. La matière traitée

La Constitution de 1958 décide que la loi ne fixe des *règles* ou ne détermine des *principes fondamentaux* que dans certaines *matières* énumérées à l'**article 34** : en dehors de ce domaine, les textes mêmes votés par le Parlement ne sont qu'en *forme* législative ;

---

1. CC 6 nov. 1962, *R.* 27, *D.* 1963.398, note L. Hamon. Le Conseil constitutionnel a réaffirmé sa position dans une décision du 20 septembre 1992 (dite « Maastricht III »). V. *GDCC*. Dans une décision du 26 mars 2003 (*JO* 29 mars), il a, pour la première fois, affirmé expressément son incompétence pour contrôler la loi constitutionnelle. Saisi de la loi de révision constitutionnelle sur la décentralisation (adoptée par le Congrès), il énonce : « le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition, le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ». V. L. Favoreu, « L'injusticiabilité des lois constitutionnelles », *RFDA* 2003.792 ; J.-É. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *Petites Affiches* 8 avr. 2003 (nº 70), p. 17. Aussi fondée qu'elle soit, cette décision pose la question « de savoir s'il est possible de limiter, de façon juridiquement efficace, la souveraineté du peuple tout en respectant ce qui lui est consubstantiel (... quand il porte atteinte aux droits de l'homme) » ; M. David, *Le Peuple, les droits de l'homme et la République*, coll. « Logiques juridiques », L'Harmattan, 2003, p. 6.

autrement dit, les dispositions d'une loi qui empiètent sur le domaine du règlement n'ont pas pour objet des « matières législatives » et peuvent donc connaître, éventuellement, un déclassement selon la procédure de l'article 37, alinéa 2 [1].

Dans le cadre des matières ainsi énumérées, le Parlement a une compétence exclusive. Ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel, dans une décision du 17 janvier 2002 concernant une loi relative à la Corse : « en dehors des cas prévus par la Constitution, il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi ». « Le législateur, ajoutait alors le Conseil, ne saurait déléguer sa compétence dans un cas non prévu par la Constitution » [2].

Tout ce que doit faire le législateur, c'est « exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution », sans oublier que « sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, **la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative** ». Le *principe de clarté de la loi* et l'*objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, « lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » [3].

§ 2. Les textes assimilés à la loi

Il faut mettre à part la *loi constitutionnelle*. Ce n'est pas vraiment une loi : il s'agit d'une norme constitutionnelle dont le respect s'impose à toutes les lois et qui se présente sous la forme soit d'un élément de la Constitution (un alinéa, un article, un titre, une partie...), soit d'une révision de la Constitution. Le plus simple serait donc de ne jamais employer cette expression trompeuse.

Restent différents textes qui sont considérés *comme des lois* sans en être vraiment.

---

1. V. *infra*, p. 136 et p. 160.
2. CC 17 janv. 2002 (*JO* 23 janv.). En conséquence, était censurée une disposition prévoyant la possibilité pour le Parlement d'autoriser la Collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures (dans certaines conditions et à titre expérimental) *dérogeant à des lois en vigueur* ; c'est notamment pour ouvrir cette possibilité d'« *expérimentation* » à toutes les collectivités territoriales, et non plus seulement à la Corse, qu'est intervenue la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. À l'occasion de cette réforme (inscrite à l'article 72 de la Constitution), a été ajouté, par ailleurs, un article 37-1 : « la loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental ». S'il faut préciser l'objet et la durée, aucune condition de fond n'est ici envisagée.
3. CC 21 avr. 2005, loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (*JO* 24 avr. 2005 ; *RDP* 2005.849, comm. J.-P. Camby ; *RFDA* 2005.922, comm. G. Glenard et W. Sabete). Sont déclarées contraires à la Constitution, des dispositions « manifestement dépourvue de toute portée normative » ; à commencer par celle selon laquelle « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ». Mais le même grief tiré du défaut de portée normative ne vaut pas à l'encontre d'un rapport annexé à la loi et fixant des objectifs à l'action de l'État, dès lors que « ses dispositions sont de celles qui peuvent trouver leur place dans la catégorie des lois de programme à caractère économique et social ». Le Conseil d'État, de son côté, a considéré que les documents annexés à une loi (tel le rapport annexé à la loi de financement de la sécurité sociale), quels que soient le contenu et la formulation, ne sont pas revêtus de la valeur normative qui s'attache aux dispositions de la loi : CE 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999.357, concl. C. Maugüe (contraires sur ce point) et dans la même revue, p. 372, les critiques de D. de Bechillon et P. Terneyre.

I. Les ordonnances de l'article 92

La Constitution consacrait un quinzième et dernier titre à des dispositions transitoires programmant la mise en place des nouvelles institutions — titre abrogé en 1995. Dans ses articles 90 et 91, elle réglait elle-même les mesures les plus importantes et fixait le calendrier général des opérations. Dans son article 92, elle autorisait le gouvernement à prendre d'une façon générale diverses décisions par voie d'ordonnances (notamment pour la protection et la sauvegarde des libertés, aussi bien que pour le fonctionnement des pouvoirs publics). Ces textes ont *force de loi,* déclarait la Constitution : aussi le Conseil d'État et la Cour de cassation se sont-ils toujours catégoriquement refusés à contrôler leur validité. Quant au Conseil constitutionnel, dès 1960, il a déclaré que leur conformité à la Constitution ne pouvait être contestée.

II. Les ordonnances ratifiées de l'article 38

Le Parlement peut, sur la demande du gouvernement, habiliter par une loi celui-ci à prendre des mesures qui sont normalement de sa compétence. Les décisions ainsi prises s'appelaient des *décrets-lois* sous les IIIe et la IVe Républiques mais aucune disposition constitutionnelle ne les prévoyait. Elles ont pris le nom d'*ordonnances* dans la Constitution de 1958, qui en a elle-même établi le régime dans son article 38 [1].

L'habilitation est donnée pour une durée déterminée. Elle permet au gouvernement d'édicter des normes sans avoir à se préoccuper de la distinction des domaines législatif et réglementaire. Ces ordonnances n'en sont pas moins d'abord des **actes administratifs** [2]**.** Elles sont délibérées en conseil des ministres et signées par le président de la République, lequel peut, comme il l'a fait à trois reprises en 1986, refuser cette signature.

Toutefois, le Premier ministre doit déposer dans le délai fixé par la loi d'habilitation un projet de loi tendant à la **ratification** des ordonnances. Si ce projet est voté, **les ordonnances deviennent des lois** ne pouvant plus être contestée devant la juridiction

---

1. Des ordonnances de l'article 38, il faut distinguer celles de l'article 47 en matière budgétaire (et 47-1 pour le financement de la Sécurité sociale), celles de l'article 74 relatif à l'outre-mer et celles qui sont prises en application d'une **loi référendaire** bien que la Constitution n'ait pas prévu ce mécanisme. Ces dernières sont et demeurent des règlements administratifs même si elles interviennent dans le domaine de la loi et même si elles modifient des actes législatifs, cela parce qu'elles ont pour auteur une autorité administrative. Par exemple, pendant la guerre d'Algérie, le général de Gaulle, utilisant la procédure prévue à l'article 11 de la Constitution, avait fait approuver les accords d'Évian par le *référendum du 8 avril 1962.* Le texte adopté par le peuple, devenu la loi du 13 avr. 1962, *habilitait le chef de l'État à arrêter par voie d'ordonnances* ou, selon le cas, de décrets en Conseil des ministres, *toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à la solution du conflit algérien*. Ainsi fut créée la *Cour militaire de justice* par une ordonnance que le Conseil d'État annula à la demande d'un requérant qui avait été condamné à mort par cette juridiction d'exception. CE 19 oct. 1962, *Canal, Robin et Godot*, *R.* 552, *GAJA* n° 83 : l'article 2 de la loi du 13 avril 1962 « a eu pour objet, non d'habiliter le président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement à l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisés, de son pouvoir réglementaire pour prendre, par ordonnances, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ».

2. Portant sur des objets divers, elles se sont, ces dernières années, multipliées. L'utilisation de l'article 38 est un remède à l'encombrement du Parlement notamment pour la transposition de nombreuses directives européennes (*supra*, p. 120), de même que pour la codification des textes (*Pour approfondir*, *infra*, p. 176)... Ainsi les ordonnances finissent-elles par apparaître comme un élément majeur du « désordre normatif » (titre d'un dossier *RDP* 2006.43 ; avec notamment Y. Gaudemet, « La loi administrative », p. 65 – Loi qui, du fait de l'abus des ordonnances, « n'est plus faite par le législateur »).

administrative [1]. Il est possible d'ailleurs, que la ratification soit plus ou moins implicite : à l'occasion d'un autre débat, le Parlement adopte un texte donnant, par hasard, en quelque sorte, force de loi aux ordonnances. Mais, si le projet de loi de ratification n'est pas déposé à temps, l'ordonnance est frappée de *caducité* ; si le Parlement émet un vote défavorable, il y a *abrogation* de l'ordonnance ; enfin, si le vote n'a pas lieu (parce que le débat n'est pas inscrit à l'ordre du jour des assemblées ou n'arrive pas à son terme), l'ordonnance reste en *vigueur* mais elle conserve *une double nature :* elle est loi en ce sens que seule une loi peut modifier ou abroger les dispositions qui relèvent du domaine de la loi (en revanche, les dispositions de nature réglementaire peuvent être modifiées par décret) ; elle est acte administratif en ce sens que sa régularité peut être contestée devant le juge administratif [2].

III. Les décisions prises en application de l'article 16 dans le domaine législatif

L'article 16 [3] trouve son origine dans la seule volonté du général de Gaulle, mû vraisemblablement par le souvenir des événements de juin 1940.

« Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des Assemblées, ainsi que du Conseil constitutionnel. Il en informe la nation par un message ».

« Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet. Le Parlement se réunit de plein droit. L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels ».

En ce qui concerne les conditions qui permettent le déclenchement de cette « dictature temporaire », il faut distinguer celles touchant au fond et celles tenant à la procédure. Il y a **deux conditions de fond** cumulatives. Il faut à la fois une *crise* (concernant les institutions républicaines, l'indépendance nationale ou l'intégrité territoriale ou les engagements internationaux) et l'*interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ;* l'appréciation de ces conditions est à la discrétion du chef de l'État. Les **conditions de procédure** consistent en trois consultations (Premier ministre, présidents

---

1. Il n'en irait autrement, a précisé le Conseil d'État, que « dans le cas où la loi de ratification s'avérerait incompatible, dans un domaine entrant dans le champ d'application de l'article 6 (de la CEDH), avec les stipulations de cet article, au motif qu'en raison des circonstances de son adoption cette loi aurait eu essentiellement pour but de faire obstacle au droit de toute personne à un procès équitable » (CE 8 déc. 2000, *Hoffer*, *AJDA* 2000.985, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA* 2001.454, concl. C. Maugüe).
2. Pour un exemple de recours devant le Conseil d'État contre des ordonnances non ratifiées, v. le cas des diverses ordonnances en matière sociale prises par le gouvernement Juppé sur le fondement de la loi d'habilitation du 30 décembre 1995 : *RDFA* 1996.1099 et *RDFA* 1997.449. V. *infra,* p. 147, la jurisprudence relative au respect des principes généraux du droit par les ordonnances. Et sur la question assez complexe des ratifications implicites, CE 17 mai 2002, *Hoffer*, *RFDA* 2002.917, concl. C. Maugüe (ce contentieux était relatif à des ordonnances de codification : v. *infra*, p. 176, la codification par ordonnances).
3. J. Lamarque, « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la Constitution », *RDP* 1961.604 ; M. Voisset, *L'article 16,* LGDJ, « Bibl. constitutionnelle et de science politique », t. 39, 1969.

des Assemblées, Conseil constitutionnel), et en un message à la nation, mais le président n'est pas lié par les avis des autorités consultées.

La mise en application de l'article 16 a pour effet de donner au Président de la République les **pleins pouvoirs,** sous réserve des limites suivantes :

– un but est assigné à son action ; il s'agit du retour le plus rapide possible au fonctionnement normal des pouvoirs publics ;

– une formalité est imposée ; c'est la consultation du Conseil constitutionnel sur tous les actes d'application de l'article 16 ;

– le Parlement se réunit de plein droit et l'Assemblée nationale ne peut être dissoute.

Du point de vue du droit administratif, la question essentielle est celle de la *qualification des actes pris sur le fondement de l'article 16.* Elle a été résolue par le Conseil d'État. Il faut distinguer, d'une part, la décision d'appliquer l'article 16 modifiant les rapports entre les pouvoirs publics, ainsi que la décision d'en cesser l'application qui sont des actes de gouvernement, et, d'autre part, les décisions prises pendant l'application de l'article 16 [1]. Celles-ci sont des actes législatifs si elles interviennent dans le domaine assigné à la loi par l'article 34 et des actes administratifs si elles relèvent en temps normal du pouvoir réglementaire (art. 37) ; dans ce dernier cas, elles peuvent être annulées par le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir.

Section 2
Le déclin de la loi

La IVe République a sombré dans son impuissance. Ses adversaires l'accusaient volontiers d'être devenue un *régime d'assemblée* caractérisé par la paralysie du gouvernement et par une sorte d'apoplexie du Parlement, infirme à force d'être tout-puissant. Le grand dessein des réformateurs en 1958 fut donc d'instituer enfin le **parlementarisme rationalisé,** dont Michel Debré proclamait devant le Conseil d'État qu'il supposait tout à la fois un strict régime des sessions, un effort pour définir le domaine de la loi, une réorganisation profonde de la procédure législative et budgétaire, une mise au point des mécanismes juridiques indispensables à l'équilibre et à la bonne marche des fonctions politiques.

Depuis lors, le **diagnostic du déclin de la loi** n'a cessé d'être fait. On connaît ainsi fort bien sa « pathologie » : « elle est devenue une règle de droit parmi d'autres, soumises à des contrôles, concurrencée par des règles fondées sur d'autres légitimités ». Sa « faible qualité » aggrave son cas. On s'en inquiète, tant il est vrai que « la crise de la loi, c'est aussi et surtout la crise de la démocratie représentative » [2]. Dans une même allocution (concernant le contrat première embauche [3]), le Président de la République déclare tout à

---

1. CE 2 mars 1962, *Sieurs Rubin de Servens et autres*, *RDP* 1962.288, concl. J.-F. Henry, note G. Berlia. *GAJA*, n° 82. Sur les actes de gouvernement, *infra*, p. 617.
2. B. Mathieu, *La loi,* Dalloz, « Connaissance du droit », 1996, p. 73 et p. 77 et s. ; à voir pour le « diagnostic », mais aussi les « thérapeutiques », 2e éd., 2004.
3. V. *Le Monde* 2-3 avr. 2006.

la fois qu'il va promulguer la loi, demander sa modification et faire en sorte que d'ici là elle ne soit pas appliquée... On s'interroge néanmoins : déclin ou renouveau ?[1]

En fait, si le domaine de la loi est limité et si son élaboration laisse une place à d'importantes prérogatives de l'exécutif (§ 1), la loi demeure en principe souveraine (§ 2), malgré les progrès de sa contestabilité.

§ 1. Un législateur subordonné

A. Le domaine de la loi [2]

L'affectation de domaines respectivement réservés à la loi et au règlement est apparue comme l'innovation juridique fondamentale de la Constitution de 1958. Elle se trouve mise en œuvre essentiellement par trois articles du texte constitutionnel.

– *En premier lieu, l'article 34* définit le domaine du législateur. L'énumération qu'il comprend doit être complétée par d'autres articles de la Constitution, relatifs en particulier à la déclaration de guerre (art. 35), à la prorogation de l'état de siège (art. 36), à la ratification ou à l'approbation de certains traités et accords (art. 53) ; elle peut être précisée et complétée par une loi organique, étant entendu que le Constituant lui-même peut toujours y apporter des corrections [3].

L'article 34 attribue à la loi *deux domaines,* l'un où elle fixe les **règles,** l'autre où elle détermine les **principes fondamentaux.**

Il ajoute que les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique, et que les lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'État.

– *En second lieu,* l'*article 37* dispose que les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un **caractère réglementaire.** Autrement dit, hors du domaine défini à l'article 34, les règles générales sont posées par décrets du président de la République ou du Premier ministre.

– *En troisième lieu,* l'*article 41* donne au gouvernement le moyen de prévenir les éventuelles interventions du législateur dans le domaine réglementaire. S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi, le gouvernement **peut opposer l'irrecevabilité**. En cas de désaccord entre le gouvernement et le président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

Il convient cependant de ne pas s'en tenir à la seule lecture des articles de la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a reconnu au législateur un domaine d'intervention autrement plus étendu que celui que l'on croyait devoir être le

---

1. Titre d'un dossier *RFDA* 2005.909.
2. V. aussi, l'un n'allant pas sans l'autre, le chapitre 5 de ce dossier (sur les règlements).
3. Ce qu'il a fait, par exemple, en précisant en 2005 que « la loi détermine les principes fondamentaux ...de la préservation de l'environnement » (loi constitutionnelle du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement).

sien. Les dispositions de l'article 34 ont notamment été interprétées dans un sens très favorable à la compétence législative. La distinction entre les matières où la loi fixe les règles et celles où elle ne fixe que les principes fondamentaux s'est estompée. Et, même dans les matières censées relever du pouvoir réglementaire, l'intervention du législateur est courante. En fait, la constitution n'empêche pas le Parlement d'empiéter sur le domaine réglementaire. En vertu de l'article 41, le gouvernement peut opposer l'irrecevabilité mais il n'est pas tenu de le faire. De plus, il introduit souvent lui-même dans un texte de loi des dispositions du domaine réglementaire, quitte à revenir ultérieurement sur cette démarche en utilisant la procédure de l'article 37, alinéa 2 [1]. Finalement, alors que l'article 34 semblait organiser une « répartition horizontale » des compétences entre la loi et le règlement, une « répartition verticale » s'est imposée [2], de telle sorte que la situation n'est pas très différente de ce qu'elle était avant 1958.

Le véritable changement, s'il en est un, est ailleurs. En effet, en dehors des dispositions des articles 34 et 37, l'ampleur du domaine de la loi et l'importance des pouvoirs du législateur dépendent du développement sinon du droit international au moins du *droit communautaire dérivé :* le Parlement est dessaisi lorsque les **règlements européens** portent sur des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution et son action est dirigée lorsqu'il intervient pour la mise en œuvre des **directives** arrêtées par le Conseil et la Commission. En vue d'assurer une plus grande participation du Parlement aux activités normatives, la Constitution, dans son article 88-4 [3], prévoit certes l'examen par celui-ci des projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative ainsi que la possibilité par chaque Assemblée de voter des « résolutions ». Toutefois, il ne s'agit que d'avis et le gouvernement n'est évidemment pas tenu de les prendre en compte.

B. La procédure législative

Elle fait apparaître d'importantes prérogatives de l'exécutif. Le législatif a perdu une bonne part de sa liberté de proposer, de discuter, de décider.

a) L'**ordre du jour** des Assemblées comporte par priorité, et dans l'ordre que le gouvernement a fixé, la discussion des projets de loi (déposés par lui) ou des propositions (émanant des parlementaires) qu'il accepte. Toutefois, depuis 1995, une séance par mois est réservée par priorité à l'ordre du jour fixé par chaque assemblée (alinéa ajouté à l'article 48).

b) Si le gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion, en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le gouvernement (article 44).

Cette procédure dite du **vote bloqué** doit permettre au gouvernement d'éviter qu'un texte ne soit déformé en séance, ce qui se produisait couramment sous la IVe République,

---

1. V. p. 160 ; et, pour un exemple de « retour en force du législateur », B. Pacteau, « Procédure administrative contentieuse, retour à la loi, et après ? », *RFDA* 1996.5.
2. B. Mathieu, cité *supra,* p. 134, note 2.
3. Le texte actuel de l'article 88-4 résulte de la loi constitutionnelle du 25 janvier 1999. Ses conditions de mise en œuvre par le gouvernement sont précisées dans une circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2005 (*JO* 25 nov.).

en particulier à l'instigation des commissions parlementaires. La procédure du vote bloqué ne fait que reprendre une technique classique dans les régimes parlementaires traditionnels qui, par des moyens parfois différents, permet au pouvoir exécutif de faire adopter un texte législatif dans une rédaction aussi proche que possible de sa version initiale sans pour autant mettre en cause sa stabilité.

c) Enfin, l'article 49, alinéa 3, prévoit que le Premier ministre peut engager la **responsabilité du gouvernement** devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte : celui-ci est *considéré comme adopté* (sans vote), sauf si les députés déposent, puis adoptent une motion de censure, dans les vingt-quatre heures. Dans ce cas, non seulement le texte est rejeté, mais le gouvernement a l'obligation de remettre sa démission. Cependant, la procédure prévue réduit ce risque au maximum : d'une part, la motion de censure est adoptée à la majorité des députés, seuls étant recensés les votes favorables à la censure (ce qui signifie que l'abstention est assimilée à un vote favorable au gouvernement) ; d'autre part, la motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale.

§ 2. Une loi souveraine

En dépit de sa situation nouvelle, la loi conserve, sous la Ve République, ses principales caractéristiques quant à sa nature juridique. Expression souveraine de la volonté générale, elle reste une norme essentielle et elle se distingue toujours radicalement des normes administratives qui doivent la respecter. Sans doute, selon les termes du Conseil constitutionnel, la loi n'exprime-t-elle la volonté générale « que dans le respect de la Constitution » [1]. Mais faut-il le regretter ? Il n'empêche qu'« en l'état du droit, et même si elle n'est pas absolue, l'incontestabilité de la **loi promulguée** demeure une réalité » [2].

A. Le caractère limité dans le temps du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

Celui-ci intervient **avant la promulgation** qui est, selon les termes utilisés par le Conseil d'État, « l'acte par lequel le chef de l'État atteste l'existence de la loi et donne l'ordre aux autorités publiques d'observer et de faire observer cette loi » et qui n'a d'autre date que celle de sa signature, bien qu'il ne prenne effet, comme la loi elle-même, qu'après avoir été publié dans les conditions fixées par les lois et règlements.

Toutefois si la loi une fois promulguée ne peut plus faire l'objet d'une contestation quant à sa conformité à la Constitution, le Conseil constitutionnel admet que « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être devant lui utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent, ou affectent son domaine » [3], ce qui est une façon d'admettre l'**exception**

---

1. CC décisions n° 85-196 et 85-197, 8 et 23 août 1985 (*JO* 24 août 1985) (loi relative à l'évolution de la Nouvelle-Calédonie).
2. R. Chapus, *DA*, I, n° 97.
3. Décision du 25 janvier 1985 (loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances), *AJDA* 1985.362, note P. Wachsmann ; v. aussi J. Bonnet, « L'amorce d'une « véritable révolution juridique » : la réponse du juge ordinaire et du Parlement à la censure par le Conseil constitutionnel d'une loi promulguée », *RFDA* 2005.1049.

d'inconstitutionnalité. Cette dernière pourrait même être étendue si la Constitution était révisée pour que les justiciables aient la capacité de saisir le Conseil constitutionnel sous réserve d'une sorte d'accord du Conseil d'État ou de la Cour de cassation à l'occasion d'un recours juridictionnel [1].

Même après sa promulgation, une loi peut être *déclassée,* c'est-à-dire considérée comme un texte en forme législative mais à valeur réglementaire (art. 37, al. 2).

B. La portée limitée du contrôle exercé par le juge administratif

Le juge administratif applique la loi ; pour cela, il l'**interprète** ; mais, en droit français, il **refuse d'en contrôler la constitutionnalité**. Le trait qui distingue le mieux l'acte législatif de l'acte administratif est précisément celui-là. Toutefois, cette incontestabilité n'a jamais été totale et il est vrai qu'actuellement elle tend de plus en plus à décliner.

I. Le principe

Le juge administratif refuse de contrôler la loi par *voie d'action* et par *voie d'exception*. En d'autres termes, un requérant ne peut pas demander au juge d'annuler la loi : il n'est pas recevable non plus à soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi pour obtenir indirectement l'annulation d'un décret. Cela résulte notamment d'un arrêt de 1936 [2] : « en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».

En conséquence, les **actes administratifs** pris en application d'une loi conformément à ses dispositions sont couverts par l'autorité du législateur. Même s'ils sont contraires à une norme constitutionnelle en raison de l'inconstitutionnalité des dispositions législatives qu'ils mettent en œuvre, ils ne sont pas censurés par le juge : la loi « *fait écran* » entre la règle constitutionnelle et le juge [3].

Ce refus de contrôler la constitutionnalité des lois peut s'expliquer aujourd'hui par la volonté des constituants de 1958 : « ils ont admis un contrôle de constitutionnalité, mais ils l'ont attribué au Conseil constitutionnel, ce qui exclut, conformément d'ailleurs à la tradition française, un contrôle parallèle du juge » [4].

Il a pu être également tiré argument du principe de la séparation des pouvoirs et, plus précisément, de la subordination du juge au législateur. Subordination sur laquelle insistait, par exemple, avant 1958, le professeur Charlier pour exposer « le fondement du fondement juridique » de l'incompétence du juge en matière législative [5]. La supériorité de

---

1. *Supra*, p. 98, note 2. Et, dans *RDP* 1/2-2002, *La VIe République ?*, p. 509, « Six constitutionnalistes répondent à six questions concernant le Conseil constitutionnel ». Entre autres questions : « Que pensez-vous de l'exception d'inconstitutionnalité ? » (Si celle-ci fait à peu près l'unanimité, J. Robert — ancien membre du Conseil — insiste sur les difficultés de sa mise en œuvre).
2. CE 6 nov. 1936, *Arrighi*, *DP* 1938.3.1, concl. R. Latournerie, note C. Eisenmann ; *S.* 1937.III.33, note A. Mestre. Pour une confirmation récente : CE 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *RFDA* 1999.371.
3. V. *supra*, p. 97.
4. R. Odent, *Contentieux administratif*, « Les Cours de droit, 1977-1980 », p. 300. V. aussi : B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution » et O. Gohin, « Le Conseil d'État et le contrôle de constitutionnalité de la loi », *RFDA* 2000.715 et 1175.
5. CE 22 mars 1944, *Vincent*, *S.* 1945.3.53, note R.-É. Charlier.

la loi s'explique par le fait qu'elle est l'expression de la volonté générale : ainsi se trouve justifiée la jurisprudence lorsqu'il s'agit de lois émanant du peuple ou de ses représentants. Mais qu'en est-il alors du refus d'examiner la régularité de lois faites par l'exécutif en période de confusion des pouvoirs ? « L'exclusion du contrôle ne peut se fonder que sur la crainte du « Gouvernement des juges » ou, plus exactement, de la « législation par les juges », crainte aboutissant techniquement à une limitation du rôle du juge saisi et à une interprétation des textes anciens dans le sens de cette limitation : ce n'est plus l'objet du contrôle que l'on considère, c'est le contrôleur éventuel. Précisons bien ce que signifie cette crainte. Il y a dans l'État une division du travail, et si une autorité est chargée de faire des lois, il est mauvais qu'une autre intervienne dans cette activité. La vraie raison d'être de l'exclusion du contrôle de fond, c'est donc qu'il peut être *abusivement* détourné de sa mission et permettre à ceux qui l'exercent de se substituer ou de se joindre au législateur pour élaborer des règles d'après ce qui leur semblera juste et opportun » [1].

II. Ses limites

a) Le contrôle de l'existence de la loi

Le juge se pose deux questions : la loi existe-t-elle déjà ? La loi existe-t-elle encore ?

– Entrée en vigueur de la loi

Le juge vérifie si la loi a bien été publiée et si le délai préalable à son entrée en vigueur a été respecté [2]. Il est aussi conduit à se demander si l'administration pouvait déroger aux règles relatives à la publicité pour des raisons tenant à l'urgence d'appliquer un texte donné ou à des circonstances exceptionnelles rendant nécessaire l'assouplissement des procédures [3]. Encore faut-il, une fois ces règles respectées et la loi entrée en vigueur, que soient édictés les textes éventuellement nécessaires à son application ; ce qui est une toute autre affaire. Les retards demeurent fréquents et bien des lois, de ce fait, restent inappliquées [4].

– Sortie de vigueur de la loi

Le juge n'applique la loi que si elle n'a pas été abrogée. L'abrogation peut être expresse : l'illustration historiquement la plus importante concerne l'ensemble des actes

---

1. Il est à noter que, pour l'essentiel, toutes les raisons alors avancées pour expliquer l'absence de contrôle des lois par le juge administratif pourraient être — et sont encore — aujourd'hui mises en avant pour contester le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.
2. CE 13 déc. 1957, *Sieur Barrot et autres, R.* 675 : « Considérant que ladite loi n'a pas été publiée au *JO* ; qu'ainsi ses prescriptions n'ont pas acquis force obligatoire à l'égard des agents de service et des particuliers intéressés et ne sauraient conférer une base légale aux décisions individuelles les concernant ».
3. CE 24 nov. 1950, *Leblanc*, *R.* 71 ; 5 avr. 1946, *Rouy*, *R.* 107, *S.* 1947.III.45, note P. H. : « Considérant que, si la loi n° 83 n'a pas été publiée au *Journal officiel*, en raison des circonstances exceptionnelles nées de la guerre, il résulte de l'instruction qu'elle a été portée à la connaissance de tous les personnels intéressés par voie d'affichage sur les lieux de travail [...] et qu'ainsi elle a acquis force obligatoire ».
4. V. *infra*, p. 468 (à propos des délais raisonnables). Inversement, une mise en œuvre trop rapide peut parfois poser des problèmes ! *Infra*, p. 152 (à propos du principe de sécurité juridique).

du gouvernement de Vichy [1]. Dans ce cas, le problème est celui de la validité de l'acte d'abrogation. Si l'abrogation est implicite, le problème est celui de son existence même. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé qu'il lui revient de la constater : est abrogée la loi dont le contenu est « inconciliable avec un texte qui lui est postérieur, que celui-ci ait valeur législative ou constitutionnelle » [2].

b) La conformité de la loi aux engagements internationaux

Depuis 1989, appliquant pleinement l'article 55 de la Constitution de 1958, le Conseil d'État accepte de faire prédominer tous les engagements internationaux (antérieurs ou postérieurs) sur la loi (postérieure ou antérieure) [3].

c) L'appréciation de l'« opportunité » de la loi

Il arrive au Conseil d'État, au nom de son pouvoir d'interprétation [4], d'écarter purement et simplement une loi qui lui paraît être une « mauvaise loi ». Bien entendu, il n'avoue pas ce refus d'obéir à la loi et il ne s'en rend coupable que dans des cas très exceptionnels.

Par exemple, le Conseil d'État fut longtemps le défenseur vigilant d'une certaine conception de la liberté du commerce et de l'industrie. Il considérait que le célèbre décret d'Allarde [5] attribuait aux personnes privées un véritable monopole des activités industrielles ou commerciales. Les communes, notamment, ne pouvaient s'en mêler que si des « circonstances exceptionnelles » justifiaient leur intervention. En 1926, un décret-loi qui, dans la hiérarchie des normes, est du niveau de la loi (même s'il est contestable en justice contrairement à la loi) avait expressément autorisé les collectivités locales à s'engager dans la voie de ce que l'on appelle parfois le « socialisme municipal ». Avant que sa jurisprudence n'évolue, le Conseil d'État fit un temps échec à cette réforme [6].

Dans un domaine plus limité, le même comportement s'est manifesté avec encore plus de netteté. Le gouvernement de Vichy avait voulu, pendant la Seconde Guerre mondiale, favoriser le « retour à la terre ». Et il avait donc prévu la « concession » de terres incultes à des exploitants contre la volonté de leurs propriétaires. L'un de ceux-ci ayant réussi à faire échec à cette politique en saisissant le juge administratif, le législateur, en l'espèce le maréchal Pétain, publia une loi prévoyant que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire ». Le Conseil d'État a compris ou fait semblant de comprendre que la loi interdisait donc tout recours sauf un, le seul qui ait une

---

1. Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental. V. M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1950, 6e éd., p. 32.
2. CE, juge des référés, 21 nov. 2005, *M. Jean-Charles Boisvert* (la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence n'a pas été abrogée par la Constitution de 1958 qui consacre le régime de l'état de siège) ; CE 16 déc. 2005, *Syndicat national des huissiers de justice* (est abrogée une disposition de l'ordonnance de 1945 portant statut des huissiers au motif qu'elle est incompatible avec le principe de la liberté syndicale garanti par le préambule de la Constitution de 1946) ; *AJDA* 2006.357, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RFDA* 2006.41, concl. J.-H. Stahl sur l'arrêt du 16 décembre 2005 (avec, p. 32, concl. R. Keller sur un autre arrêt CE 23 nov. 2005, *Mme Baux*, aussi commenté dans la chronique de l'*AJDA*).
3. V. *supra*, p. 116 (arrêt *Nicolo*).
4. Sur ce pouvoir d'interprétation, v. B. Genevois, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002.877.
5. V. sur ce point, M. Dubisson, *Légalité et opportunité dans le recours pour excès de pouvoir*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 14, 1958 (préface de C. Eisenmann), p. 182.
6. V. *infra*, p. 545.

véritable importance, le recours par lequel l'administré demande au juge d'annuler la concession : le recours pour excès de pouvoir [1].

Bien entendu, ces lois dites inopportunes sont rares et les exemples cités correspondent à des « pseudo-lois » : un décret-loi ou un acte dit loi du gouvernement de Vichy ; mais leur existence témoigne de l'ancienneté d'une relative contestabilité des actes législatifs. Celle-ci a beaucoup progressé avec la multiplication de contrôles qui forment un faisceau de limites à la prétendue souveraineté de la loi. Elle pourrait sans doute se développer encore. À la question toujours posée de l'exception d'inconstitutionnalité, s'en ajoute une autre : « faut-il introduire l'examen (par le Conseil constitutionnel) de la conventionnalité des lois ? » [2].

---

1. CE 17 févr. 1950, *Dame Lamotte*, *R.* 110, *RDP* 1951.479, concl. J. Delvolvé, note M. Waline ; *GAJA* n° 64.
2. V. le n° *RDP* cité p. 138, note 1.

Chapitre 4

Les principes généraux du droit

Il est habituel de distinguer, parmi les sources du droit, les **sources écrites** (Constitution, loi...) et les **sources non écrites : la coutume et la jurisprudence.** L'expression est maladroite : si la coutume n'est pas écrite tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une *rédaction,* la jurisprudence figure bien dans des documents écrits (arrêts, jugements, etc.). Il est vrai, pourtant, que les principes ou les règles qui peuvent se dégager de ces sources ne sont pas écrits en tant que tels à la manière des lois et règlements [1].

À l'évidence, la **coutume** ne joue pas un rôle important en droit administratif. On y discute souvent de sa possibilité, ce qui n'empêche pas que diverses *pratiques* donnent naissance à des *usages* que les administrateurs et les administrés considèrent comme obligatoires, même si ce ne sont pas, pour le juge, des éléments du droit positif [2].

La **jurisprudence,** quant à elle, est essentielle. Produite à l'occasion du contrôle juridictionnel, elle se distingue des décisions de justice elles-mêmes, qui sont prises par le

---

1. On laisse de côté la **doctrine** qui n'est pas une source du droit positif et dont l'existence même prête à discussion. N'est-ce pas, par exemple, un abus de langage que d'écrire, comme on le fait souvent, à propos de telle ou telle question, que « *la* doctrine considère que... » ? Qui est alors ce « corps constitué » dont on suppose l'unité de pensée ? Il n'y a jamais que des doctrines ou commentaires divers qui n'ont pas de valeur normative, même s'ils ne sont pas pour autant sans effets. Qu'il y ait différenciation des rôles, que la fonction des professeurs, commentateurs et autres scientifiques du droit ne soit pas celle des juges ou de n'importe quelle autorité administrative, n'empêche pas qu'ils forment tous de fait, et quoiqu'ils puissent en dire, une seule et même communauté disciplinaire. Par delà les tensions, voire les conflits, il y a un même langage et donc, en définitive, une œuvre commune où les discours des uns ne peuvent pas ne pas peser sur les décisions des autres — lesquels souvent, d'ailleurs, ne sont pas sans prétentions doctrinales. C'est d'autant plus vrai qu'« un système juridique aussi souple que le Droit administratif français fait nécessairement une place importante aux juristes considérés comme théoriciens [...]. La question difficile est d'apprécier le processus des influences » (P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France, l'Administration classique,* Fayard, 1992, p. 405). V. notamment : J. Rivero, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », *EDCE* 1955.27 ; *La doctrine juridique*, ouvrage collectif, PUF, CURAPP-CHDRIP, 1993 ; *Droits*, n° 20, Doctrine et recherche juridique, 1994 ; É. Picard, « « Science du droit » ou « doctrine juridique » », *Mélanges en hommage à Roland Drago,* Economica, 1996 ; *Doctrines et doctrine en droit public* (dir. G. Koubi), Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Constitutions, droit et politique », 1997 – Évidemment, la doctrine dont il est ici question est à distinguer de la « doctrine administrative » (*infra*, p. 622, note 2).

2. V. *infra* certains développements sur la forme de l'acte administratif (dossier 10, p. 473) : la présence des visas en tête d'un décret (exemple : « Vu l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 », etc.) est ainsi une pratique qui n'est pas imposée par une règle écrite. *Adde* : P. Amselek, « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP* 1983.1471 ; G. Teboul, « La coutume source formelle de droit en droit administratif », *Droits* n° 3, 1986.97 ; *Usages et coutumes dans la jurisprudence administrative,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 153, 1989, préface de René Chapus qui constate que « la récolte est maigre ».

juge dans chaque espèce contentieuse et qui concernent directement les parties au litige. Elle n'en est pas moins étroitement liée à celles-ci. Pour la situer et la comprendre, il faut se représenter l'acte de juger.

À lire les arrêts ou jugements, c'est très simple : considérant que telle règle s'applique à telle situation, telle décision doit être prise. On conçoit que la science-fiction imagine qu'un ordinateur remplace le juge. Il semble être question seulement de dégager les conséquences automatiques d'une norme en présence d'une situation de fait — de construire un syllogisme dans lequel la conclusion se déduit inéluctablement d'une confrontation de la mineure à la majeure. Rien n'est toutefois plus trompeur que ce style des décisions de justice. Pour en arriver à confronter une norme et un fait, il faut d'abord analyser les données factuelles et, la plupart du temps, préciser le sens du droit (« dire le droit »...). La jurisprudence naît d'abord de la part d'incertitude inhérente à ces opérations.

En élaborant le fondement logico-juridique de sa sentence, le juge joue un rôle créateur ; c'est un interprète. Par là même, il décide de la signification à donner aux énoncés juridiques [1]. S'il estime être en présence d'une *lacune* de l'ordre juridique, il ne peut capituler, car il commettrait un *déni de justice* [2] : il se donne alors une règle (qu'il invente ou qu'il découvre). S'agissant de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, ces hautes juridictions rendent, dit-on, un *arrêt de principe* qui s'oppose au simple *arrêt d'espèce* (sans contenu novateur), bien que ce ne soit pas un *arrêt de règlement* qui lierait les juges par une disposition générale comme le fait le législateur [3].

Les **principes** et les **règles** ainsi dégagés forment la jurisprudence [4]. Ils sont caractérisés par leur souplesse, ce qui est une qualité primordiale, par l'équilibre qu'ils établissent entre l'équité et les impératifs de la sécurité juridique, ou bien encore entre le principe d'égalité et l'adaptation du droit à chaque cas particulier, etc. Cela dit, ils ne sont pas sans défauts : relative précarité, ésotérisme aussi (accentué par le laconisme persistant des arrêts du Conseil d'État), rétroactivité (puisque le juge intervient évidemment après coup, et forge alors une norme qu'il applique au passé...) [5]. Le fameux adage, d'après lequel « nul n'est

---

1. Par exemple : *Interprétation et droit* (dir. P. Amselek), Bruylant-Bruxelles et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995 ; G. Timsit, *Gouverner ou juger, blasons de la légalité,* PUF, coll. « Les voies du droit », 1995 ; *L'interprétation constitutionnelle* (dir. F. Mélin-Soucramanien), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2005 ; et les ouvrages de théorie du droit cités *infra, Pour approfondir*.

2. Code civil (art. 4) : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

3. Le Code civil interdit au juge (judiciaire) la pratique des arrêts de règlement : « Il est défendu au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises » (art. 5).

4. M. Deguergue, « Jurisprudence », *Droits*, 2001, n° 34 (Mots de la justice), p. 95 et *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 883.

5. J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968.15. Pour supprimer ou, du moins, atténuer la rétroactivité (pour que la décision de justice ne soit pas une surprise, bonne ou mauvaise), le juge utilise fréquemment la *technique de l'arrêt de rejet :* il dégage une règle ou un principe tout en rejetant la demande au fond. Ainsi cela vaut-il seulement pour l'avenir. Ce n'est malgré tout qu'un pis-aller et des difficultés demeurent possibles (v. *supra*, p. 51, note 2). Un rapport remis au premier président de la Cour de cassation (N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005) s'est prononcé pour une limitation des effets rétroactifs des revirements, décidée de façon exceptionnelle, au cas par cas. La Cour de cassation elle-même à procédé à une première modulation dans le temps des effets d'un revirement qui modifiait une règle de prescription (Civ. 2e, 8 juill. 2004, *Radio France*, *D.* 2004.2956, note C. Bigot). Ne semblant guère poser de difficultés pratiques, la question apparaît délicate sur le plan théorique : outre qu'elle oblige a reconnaître sans ambages le pouvoir normatif du juge, la rétroactivité de

censé ignorer la loi », devient par trop artificiel s'il est élargi à la jurisprudence : seuls de rares spécialistes parviennent à la connaître tant bien que mal, s'agissant du droit administratif. Il est normal dès lors de critiquer son excessive complexité et sa subtilité très raffinée mais souvent nuisible [1].

Les normes jurisprudentielles ont le plus souvent une portée impérative à l'égard des autorités administratives. Elles ont en effet, si le juge en décide ainsi, une **valeur supradécrétale** : elles s'imposent à tout acte administratif, y compris les décrets. Toutefois, la solution contraire prévaut parfois, notamment pour certaines règles de procédure. La norme jurisprudentielle, dans ce cas, n'a qu'une portée supplétive. Par exemple, en 1984, le Conseil d'État considère que « sauf dans le cas où des dispositions législatives ou *réglementaires* ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut être l'objet dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui *interrompt le cours de ce délai* » [2].

Parmi les normes jurisprudentielles à portée impérative, certaines occupent une place à part, en raison de l'importance de leur contenu : ce sont les **principes généraux du droit.** Leur histoire et leur valeur révèlent l'originalité de cette source du droit (Section 1), leur diversité en montre l'étendue (Section 2).

Section 1
Histoire et valeur des principes généraux du droit

S'il est clair qu'ils occupent une place à part, les principes généraux du droit n'apparaissent pas toujours faciles à situer. C'est leur finalité et, par suite, l'autorité particulière qu'entend leur donner le juge administratif qui d'abord les caractérise. Comme l'a écrit un conseiller d'État, ils résultent « d'une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens » [3]. À côté des lois écrites, suppose le juge, « existent de grands principes dont la reconnaissance comme règles de droit est *indispensable pour compléter le cadre juridique* dans lequel doit évoluer la nation, *étant données les institutions politiques et économiques* qui sont les siennes, et dont *la violation a les mêmes conséquences que la violation de la loi écrite* » [4].

---

la règle jurisprudentielle ne heurte-t-elle pas le principe de la prohibition des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil ? (chron. citée, p. 51, sur l'affaire *Société Leroy Merlin*).

1. À propos du style des décisions du Conseil d'État, v. *EDCE* 1984-1985.129, « Les réactions d'un public cultivé. Commentaire sur un questionnaire par B. Ducamin » (questionnaire adressé à « des personnes cultivées, mais sans formation juridique »). Qu'en serait-il aujourd'hui, 20 ans après ?
2. CE 16 mai 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine*, *R*. 182.
3. Texte cité par M. Letourneur, « Les "principes généraux du droit" dans la jurisprudence du Conseil d'État » », *EDCE* (nº 5), 1951.19.
4. Concl. du même M. Letourneur, CE 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *Droit social,* 1951.168 ; *GAJA* nº 67. V. aussi B. Jeanneau : *Les principes généraux du doit dans la jurisprudence administrative,* Sirey, 1954, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* nº 33, 1981-1982, p. 33 ; F. Moderne, « Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit », *RFDA* 1999.722 ; « Actualité des principes généraux du droit », *Les règles et principes non écrits en droit public*, Éd. Panthéon-Assas (LGDJ), 2000, p. 47 ; J.-M. Maillot, *Théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003.

Leur apparition et genèse appellent quelques précisions (§ 1). Quand à la question de leur valeur juridique, elle a connu un renouvellement profond sous la Ve République (§ 2).

§ 1. Apparition et genèse

a) L'expression figure dans un arrêt *Aramu* du Conseil d'État de 1945 [1] à propos du respect des droits de la défense et l'on admet que c'est seulement à cette date que peut être dressé l'acte de naissance des principes généraux du droit. Pourtant, le juge administratif avait fait application de tels principes bien avant. Dès la fin du XIXe siècle, Édouard Laferrière rappelait que, même si les arrêts du Conseil d'État sont concis et ne comportent pas l'exposé de toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions, celles-ci « se sont toujours inspirées d'un grand respect des précédents » et qu'elles ont « pour base, lorsque les textes font défaut, des **principes traditionnels écrits ou non écrits,** qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif » [2].

Historiquement, deux données ont marqué l'évolution de la jurisprudence.

– Longtemps (jusqu'en 1958), la République française n'avait pas conféré valeur juridique effective à un énoncé global des principes de son droit public. Les lois constitutionnelles de 1875 étaient muettes sur ce point et, malgré les controverses théoriques, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ne pouvait pas être considérée comme un texte encore en vigueur sous la IIIe République [3]. La Constitution de 1946 avait retrouvé la tradition révolutionnaire et elle s'ouvrait par un Préambule, mais elle avait pris soin d'interdire tout contrôle de la conformité de la loi aux principes que rappelait ou énonçait ce texte, ce qui inclinait à penser qu'il était dépourvu de valeur juridique [4]. En présence de cette lacune, le juge administratif fut incité à élaborer lui-même **une sorte de code fondamental des principes généraux du système constitutionnel français.**

– L'absence d'un tel « code » parut particulièrement regrettable dans la grande crise des libertés publiques qui a suivi la Première Guerre mondiale et qui s'est manifestée à l'extérieur par la multiplication des dictatures et, en France, pendant le deuxième conflit mondial, par l'instauration du régime de Vichy. Le Conseil d'État a réagi à sa façon contre ces risques de recul des libertés publiques ; à partir de 1945, notamment, il lui est apparu nécessaire de rappeler ou de souligner les **principes d'un État « libéral »** [5].

---

1. CE 26 oct. 1945, *Aramu*, *R.* 213, *EDCE* 1947.48, concl. R. Odent.
2. V. F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, « Thémis », 1995, p. 397 et s. ; avec notamment cet exemple significatif du changement intervenu : « ...l'arrêt *Picard* (CE 31 juill. 1903) se fondait sur le principe qu'en toute matière un recours hiérarchique doit être ouvert. C'est cependant dans l'affaire *Quéralt* (CE 30 juin 1950) que le Conseil d'État éleva le recours au contrôle hiérarchique au rang d'un des « principes généraux du droit public » ». Si l'expression n'est pas absolument inédite en 1945, c'est à partir de cette date que son utilisation se généralise.
3. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel,* Sirey, 1923, p. 370.
4. V. *supra,* p. 96.
5. Après 1945, l'on a pu insister sur la continuité de la démarche du Conseil d'État, y compris sous le régime de Vichy (V. T. Bouffandeau, « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution : le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *EDCE* n° 1, 1947.23). Depuis les années 1970-1980, un regard différent tend toutefois à être porté sur cette période, notamment du fait de la relecture de la jurisprudence relative à la législation antisémite. En 1945, il y aurait moins eu continuité que

b) Techniquement, le juge, quand il formule un principe général du droit, modifie le droit positif en y introduisant une norme de plus. Certes, celle-ci n'est pas de sa pure invention. Si elle relevait simplement de sa fantaisie, elle risquerait de ne pas être tolérée ; elle manquerait de la *légitimité* nécessaire à un droit pour être *effectivement appliqué*. En fait, le « consensus » dont elle a besoin résulte essentiellement de son origine : elle est extraite par le juge de l'ensemble des dispositions constitutionnelles ou législatives, des valeurs ainsi consacrées dans une culture donnée, des aspirations de la société. Même dans le cas où elle serait contestée, elle sera aussi défendue par les élus ou par l'opinion publique. En cela, ces principes sont au cœur de la jurisprudence du Conseil d'État, mais ils n'en forment pas une caractéristique propre et particulière. Tout autant qu'en **droit public,** ils ont leur place en **droit privé** où le juge judiciaire considère, par exemple, que l'action *de in rem verso* existe en dehors de tout texte pour assurer la « répétition de l'indu ». Ils sont aussi comparables à la *natural justice* du droit anglais. Selon celle-ci, issue très anciennement du Common law, nul ne peut être juge et partie (*no man is a judge in his own cause* ou *rule against bias*) et nul ne peut être condamné sans avoir été entendu (*audi alteram partem*). Ces ressemblances montrent bien qu'il ne faut pas opposer trop catégoriquement les pays de droit écrit comme la France et les pays anglo-saxons : s'agissant des problèmes fondamentaux comme celui de la sauvegarde des libertés et de la personne humaine, les différences techniques s'estompent et l'inspiration profonde des solutions retenues semble bien la même [1].

Le droit européen aujourd'hui le confirme, notamment le **droit communautaire** où précisément la CJCE a elle aussi « découvert » des principes généraux du droit [2].

§ 2. VALEUR JURIDIQUE

Il est certain que seule une loi peut déroger à un principe général du droit. Mais les effets de cette valeur « supradécrétale » exigent des précisions au regard de la diversité des actes du pouvoir exécutif (A). En outre, la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduit à s'interroger sur l'existence de principes généraux « à valeur constitutionnelle » (B).

---

préoccupation du Conseil d'État de redonner de lui-même une image positive. La jurisprudence en cause, il ne faut pas l'oublier, faisait suite à une loi de 1940 qui avait proclamé un « statut des juifs » et qui, entre autres dispositions, avait exclu ceux-ci de la fonction publique. En sont résultés des contentieux où se posait la question de savoir si une personne était ou non juive. V. O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'État statuant au contentieux », *RDP* 1983.565 ; D. Lochak, « Le Conseil d'État sous Vichy et le Consiglio di Stato sous le fascisme. Éléments pour une comparaison », dans *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993.51 ; P. Fabre, *Le Conseil d'État et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme*, Publications de la Sorbonne, 2001 ; et plus généralement, M.-O. Barruch, *Servir l'État. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, 1997 ; *RA* 1998, nº spécial « Le Conseil d'État et les changements de régime politique ». Sans doute ce passé n'enlève-t-il rien à l'œuvre, par ailleurs, accomplie par le Conseil d'État. S'il en souligne la fragilité, il en montre aussi la nécessité. En même temps, il rappelle qu'il y a lieu de s'interroger toujours sur ce qu'est le droit et plus généralement le travail des juristes (voir, à cet égard, D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » et M. Troper, « La doctrine et le positivisme. À propos d'un article de D. Lochak », *Les usages sociaux du droit,* PUF, CURAPP, 1989.252 et 286).

1. A. Lefas, « Essai de comparaison entre le concept de *natural justice* en droit administratif anglo-saxon et les principes généraux du droit, ainsi que les règles générales de procédure correspondantes en droit administratif français », *RIDC* 1978.745. Et ouvrages cités, *supra*, p. 82, *Pour approfondir*, dossier 2.
2. V. *supra,* p. 124.

A. La valeur supradécrétale et ses effets

Le respect des principes généraux du droit s'impose à **toutes les autorités administratives,** même aux plus élevées, par exemple, au Premier ministre et au président de la République : dans la hiérarchie des normes, ils sont situés **au-dessus des décrets.** Du même coup, tous les actes administratifs — décrets, arrêtés, délibérations... — doivent être compatibles avec ces principes. Bien entendu, cette constatation vaut aussi pour les stipulations contractuelles : les principes généraux du droit sont semblables aux lois d'ordre public, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être écartés par une convention.

– Un problème s'est posé en 1958 : désormais, en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution, certaines matières forment le domaine législatif et, pour le reste, des règlements interviennent de manière *autonome*. Ces textes pris par décrets ne sauraient être illégaux (au sens strict de cet adjectif) : ils interviennent dans un *domaine sans lois*. Pourtant, ils seront irréguliers s'ils violent la Constitution (notamment l'article 34 qui détermine une zone où sauf exceptions, ils ne peuvent intervenir que pour appliquer la loi), ou bien encore les principes généraux du droit. Dans ce cas, le juge acceptera-t-il d'annuler ces **règlements autonomes** qui sont, en quelque sorte, des lois gouvernementales (alors qu'il refuse d'annuler les lois) ? La réponse ne pouvait qu'être affirmative, d'autant plus que, déjà avant 1958, des règlements autonomes existaient : ils étaient admis pour compenser des défaillances du législateur qui créaient des lacunes dans l'ordre juridique. Le juge avait accepté d'en contrôler la régularité et il était probable qu'il agirait de même s'agissant des décrets de l'article 37.

Bien que la difficulté fût donc plus apparente que réelle, le Conseil d'État profita d'une espèce un peu particulière pour réaffirmer la *contestabilité de ces règlements autonomes.* Il avait été saisi d'une requête tendant à annuler un décret du président du Conseil (de la IVe République) réglementant la profession d'architecte dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer. Ces dispositions n'avaient plus aucune importance lorsque l'affaire fut jugée : elles n'avaient pas été publiées et, pratiquement, elles ne pouvaient plus l'être. Mais, comme le souligna le commissaire du gouvernement, la décision juridictionnelle permit de trancher le point de savoir si « l'autorité réglementaire, lorsqu'elle dispose d'un pouvoir autonome qui ne se réduit pas à l'exécution des lois, est ou non limitée par les règles non écrites ». En effet, le président du Conseil n'appliquait pas des lois dans cette affaire mais il agissait directement en tant que législateur colonial et les requérants invoquaient contre son décret la violation d'un principe général du droit : celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Le Conseil d'État eut ainsi l'occasion de répéter, en ces circonstances historiques très significatives, que « les *principes généraux du droit* résultant notamment du Préambule de la Constitution, *s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives* » [1].

– Autre problème : les principes généraux du droit s'imposent-ils aux **ordonnances non ratifiées** ? La question est ici plus complexe et peut prêter à discussion. En effet, il s'agit d'actes d'autorités administratives, mais intervenant dans le domaine de la loi : dès lors, une ordonnance ne peut-elle déroger à un principe comme toute loi peut le faire ? Le Conseil d'État ne l'a pas admis. Il a affirmé dès 1961, puis à nouveau en 1996, que le

---

1. CE 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, *R.* 394, *RDP* 1959.1004, concl. J. Fournier ; *GAJA* n° 78.

gouvernement ne peut agir par ordonnances que « dans le respect des principes généraux du droit qui s'imposent à toute autorité administrative ». En conséquence, le gouvernement ne pourrait écarter un principe que dans le cas où la loi d'habilitation l'autoriserait expressément [1].

B. L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel

Les principes généraux du droit **ont-ils une valeur supralégislative ?**

Avant 1958, la question ne se pose pas vraiment. Le Conseil d'État n'accepte jamais de contrôler la loi. Donc il ne consacre en aucune manière la valeur supralégislative d'une quelconque norme et notamment d'un principe général du droit. D'ailleurs le pourrait-il ? Le rang d'un élément de l'ordre juridique est fonction de l'autorité qui lui a donné naissance : les principes généraux du droit sont nés de la volonté du juge qui, chargé d'appliquer la loi, est subordonné au législateur [2].

Depuis 1958, avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la situation est devenue plus ambiguë. L'on peut certes penser que l'intervention du Conseil constitutionnel conduit à établir des distinctions entre les principes généraux du droit. Dans sa jurisprudence, de nombreux principes reconnus comme constitutionnels (et que la loi doit respecter) sont également des principes généraux du droit « découverts » auparavant par le Conseil d'État. Il en est d'autres, au contraire, qui se révèlent n'avoir qu'une valeur infralégislative (que la loi peut écarter). Ainsi, le Conseil constitutionnel censure le législateur lorsque celui-ci méconnaît l'égalité devant la justice car ce principe se situe, dans la hiérarchie des normes, au niveau de la Constitution elle-même [3]. En revanche, il a décidé qu'il peut être dérogé par une loi au principe général du droit selon lequel le silence de l'administration vaut décision de rejet et non d'acceptation [4].

Toutefois, l'on a pu aussi se demander si ces jurisprudences du Conseil constitutionnel permettent vraiment de conclure que certains principes généraux du droit ont une valeur constitutionnelle. Quand le Conseil constitutionnel confronte une loi à un « principe de valeur constitutionnelle », celui-ci — sauf peut-être le cas très exceptionnel et toujours

---

1. CE 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, *R.* 658 ; CE 4 nov. 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province*, *RFDA* 1996.1099, concl. C. Maugüe ; *ibid.,* p. 1111 : L. Favoreu, « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées ».
2. Tout au plus peut-on constater que le Conseil d'État, au nom des « PGD » et avec la conviction que ceux-ci représentent la quintessence du droit, interprète parfois la loi au point de la vider de tout son contenu, ou même, dans les cas extrêmes, en écarte l'application parce qu'il la considère inopportune (V. *supra,* p. 140).
3. CC 23 juill. 1975, *AJDA* 1976.44, note J. Rivero (le respect du principe d'égalité devant la justice « fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes ») ; CC 15 juill. 1976, *AJDA* 1976.622.
4. CC 26 juin 1969, *R.* 27 : « Considérant que, d'après un principe général de notre droit, le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet et qu'en l'espèce, il ne peut y être dérogé que par une décision législative. » (Ce dernier exemple montre qu'il peut y avoir contrariété de jurisprudence. En effet, alors que le Conseil constitutionnel plaçait le principe en question dans le domaine de la loi, le Conseil d'État peu après le « maintenait » dans le domaine réglementaire et n'en faisait pas un principe général du droit s'imposant au pouvoir réglementaire : CE 27 févr. 1970, *Commune de Bozas*, *AJDA* 1970.225). — En donnant valeur législative au principe selon lequel le silence vaut décision de rejet, la loi du 12 avril 2000 met fin à la divergence entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel (elle permet cependant des dérogations par décrets en Conseil d'État. V. *supra,* p. 53).

discuté d'un principe constitutionnel qui serait d'origine purement jurisprudentielle — apparaît inclus dans le texte constitutionnel. Il ne s'agit plus d'un des principes généraux du droit du Conseil d'État, même si le contenu est tout à fait similaire : tel est le cas pour le principe d'égalité, le principe de continuité des services publics, ou encore le principe des droits de la défense et celui du droit au recours juridictionnel [1].

Quoi qu'il en soit, une évolution est observée depuis quelques années : plutôt que de s'en référer à un principe général du droit, le Conseil d'État, lorsque cela se révèle possible, tend à viser la règle constitutionnelle de même contenu [2]. Si cette évolution se confirme, les principes généraux du droit ne disparaîtront pas : il en est qui ne figurent pas dans le texte constitutionnel et qui donc devraient continuer d'être expressément qualifiés de principes généraux du droit ou d'une formule équivalente [3]. Il n'empêche que la place qu'ils occuperont ne devrait plus être exactement ce qu'elle a longtemps été.

Section 2
Diversité des principes généraux du droit

Il a toujours été difficile de dresser une liste exhaustive et d'opérer un classement. L'évolution constitutionnelle ne facilite pas les choses. Certains des principes qui restent communément donnés en exemple ne sont sans doute plus à proprement parler des principes généraux du droit. Et, la terminologie étant incertaine, il y a des principes dont, à l'évidence, l'on ne sait pas trop ce qu'ils sont.

a) Parmi les principes ayant incontestablement compté dans l'histoire des principes généraux du droit, peut encore être cité le **principe de la liberté du commerce et de l'industrie**. Les libertés sont proclamées dans la Constitution, réglementées dans des textes législatifs. Leur respect se trouve ainsi imposé à l'Administration. Toutefois, en l'absence de dispositions écrites, le juge a pu s'appuyer parfois sur un principe général du droit pour sanctionner une atteinte à la liberté. Tel a été le cas en matière de liberté du

---

1. V. R. Chapus, *DA* 1, n° 144. Il constate qu'il y a dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel des principes de valeur constitutionnelle qui sont « l'exacte réplique » des principes généraux du droit consacrés par le Conseil d'État. Mais il ajoute : « ils ne sont leur réplique que relativement à leur contenu. Leur nature est différente : ils sont des principes *inclus* dans les textes constitutionnels [...]. Il ne s'agit pas des principes généraux du droit, de source jurisprudentielle [...]. » D'où la conclusion : « Est ainsi réalisé un dédoublement de l'ordre juridique : deux systèmes coexistent » (l'un fait de normes constitutionnelles, de « droit écrit » ; l'autre fait de normes jurisprudentielles « consacrées » par le Conseil d'État) ; « ils se rejoignent par le contenu, mais ils sont deux ».

2. *Supra,* p. 97. Et R. Chapus, *DA* 1, n° 146 : « le Conseil d'État a commencé (en 1987 et 1988) à opérer la *jonction* entre le droit administratif et le droit constitutionnel » ; sa jurisprudence (déjà observée dans les précédentes éditions) se généralisant, il ne semble plus y avoir dédoublement de l'ordre juridique ; conclusion : « on ne peut qu'être satisfait que se soit finalement réalisée la réunification du droit public français ». V. toutefois, CE 5 mars 1999, *Rouquette*, *RFDA* 1999.370 (refus d'apprécier la conformité de la loi au « *principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques* » et contrôle d'un décret au regard du « *principe général d'égalité devant les charges publiques* »).

3. Il peut arriver que le Conseil d'État consacre un principe important sans utiliser l'expression « principe général du droit ». Tel est cas des « principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient (et) ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci » ; en particulier, ils font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort : CE 2 juill. 1993, *Milhaud*, *RFDA* 1993.1002, concl. Kessler ; *JCP* 1993.II.22133, note P. Gonod.

commerce et de l'industrie. Celle-ci peut être rattachée au célèbre décret d'Allarde (loi des 2-17 mars 1791) dont l'article 7 proclame le droit pour toute personne de faire « tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou industrie » qui lui convient. Mais la suppression des corporations ne constitue évidemment qu'un fondement ténu et contestable à une jurisprudence abondante sur la liberté professionnelle et sur l'interdiction pour les personnes publiques de concurrencer les activités privées. Aussi le Conseil d'État a-t-il pu préférer dans certains cas invoquer un principe général du droit [1]. Si un tel principe s'impose toujours, c'est comme « composante de la liberté fondamentale d'entreprendre » [2] — laquelle a valeur constitutionnelle.

Dans la même catégorie peut être rangé le **principe du droit au recours juridictionnel**, droit selon lequel le recours pour excès de pouvoir est possible contre tout acte administratif et le recours en cassation est recevable contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort [3]. Il s'agit là des *garanties minimales* dont disposent les administrés : le recours pour excès de pouvoir, précisait ainsi le Conseil d'État dans l'affaire *Dame Lamotte,* est un « recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ». Aujourd'hui, cependant, les textes ne manquent pas pour faire référence [4].

b) Fondamental en matière juridictionnelle, le **principe des droits de la défense** s'applique également à la procédure administrative non contentieuse.

Lorsqu'une autorité administrative prend une décision qui est défavorable à l'égard d'un administré et lorsqu'elle s'appuie pour agir ainsi sur des considérations relatives à la personne même de la victime, elle doit mettre celle-ci en état de se défendre. Généralement, les textes statuent en ce sens : ainsi une sanction disciplinaire ne saurait être prononcée contre un agent public sans que lui soit communiqué préalablement son dossier. Mais le principe vaut aussi en l'absence de toute disposition écrite [5]. Avant d'arrêter

---

1. CE 13 mai 1983, *Société René Moline*, *R.* 191, *AJDA* 1983.623, note M. Bazex ; et, plus généralement, F. Dreyfus, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973, avec une préface de P. Weil qui résumait alors ainsi le débat sur les sources de cette liberté : « S'il est arrivé au Conseil d'État de se référer expressément à la loi de 1791 pour assurer la liberté de l'activité professionnelle ou interdire aux personnes publiques de concurrencer des activités professionnelles privées, il considère plus volontiers, semble-t-il, la liberté du commerce et de l'industrie comme un principe général du droit,.... Depuis quelques années cependant, sa fermeté sur ce point a paru à certains avoir quelque peu fléchi, au point que l'on en est arrivé à se demander s'il ne s'agit pas d'une survivance verbale plutôt que d'une véritable règle de droit ». Trente ans plus tard, v. « La liberté du commerce et de l'industrie : archaïsme ou renouveau ? », dans *Les libertés économiques* (dir. G. Drago et M. Lombard), Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 47, et *infra*, p. 545.
2. CE, Ord. 12 nov. 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, *DA* févr. 2002, p. 35.
3. CE 17 févr. 1950*, Ministre de l'Agriculture c/Dame Lamotte*, *R.* 111, *GAJA* n° 64 (*supra*, p. 140) ; CE 7 févr. 1947, *d'Aillières*, *R.* 50, *GAJA* n° 60.
4. L'arrêt CE 29 juill. 1998, *Syndicat des avocats de France* (*AJDA* 1998.1010, concl. R. Schwartz), sans parler alors de principe général du droit, contrôle si un décret respecte le *« principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel »* et le *« droit d'accès à un juge »* consacré par l'article 6 de la CEDH. Le Conseil Constitutionnel (notamment dans une décision du 21 janvier 1994) a, quant à lui, consacré le principe constitutionnel du droit au recours juridictionnel en le fondant sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 proclamant la nécessaire « garantie des droits ».
5. CE 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, *R.* 133, *GAJA* n° 56 ; CE 26 oct. 1945, *Aramu*, *R.* 213 (à la différence de l'arrêt *Aramu*, l'arrêt de 1944 ne parle pas encore expressément de « principe général du droit »).

définitivement sa position, l'Administration doit faire connaître à l'intéressé ses intentions ainsi que les raisons de fait ou de droit qui expliquent et justifient ses projets. Elle doit lui laisser un délai suffisant pour qu'il puisse consulter le dossier, saisir les griefs articulés contre lui, préparer ses observations et les présenter à qui de droit [1]. Elle doit aussi prendre elle-même le temps d'examiner cette réplique avant de trancher : une décision qui suit de trop près la défense ne respecte pas les conditions d'exercice du *principe du contradictoire*. Celui-ci apparaît comme un élément essentiel des droits de la défense, et le renforcement des droits des administrés a conduit à une extension de son application [2].

c) Le **principe d'égalité** a lui aussi été – et reste – essentiel. « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », affirme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En dehors même des applications de ce principe qui sont explicitement prévues dans différents textes, comme l'égale admissibilité de tous aux emplois publics, le juge administratif impose l'égalité de façon générale.

Cette égalité concerne, par exemple, les usagers d'un service public *:* ainsi, en 1951, le Conseil d'État a consacré le « principe d'égalité qui régit *le fonctionnement des services publics* » [3]. Doit être aussi respectée l'égalité devant *l'impôt*, laquelle se prolonge d'une égalité devant *les charges publiques :* si une décision administrative, même parfaitement régulière, a créé un préjudice suffisamment grave et spécial au détriment de tel ou tel administré, celui-ci a droit à réparation [4]. Ce qui n'empêche pas, sous certaines conditions, des *différences de traitement* [5].

d) Au-delà du « noyau », en quelque sorte, des conditions de régularité de l'action des autorités administratives, la complexité des phénomènes sociaux et les failles de la législation ont conduit le juge à énoncer de nouveaux **principes plus spécialisés**.

Un commissaire du gouvernement soulignait ainsi en 1996 que, si les grands principes généraux ont été dégagés, « la créativité du juge administratif ne s'est pas pour autant éteinte en ce domaine ». Constatant que les principes dégagés depuis quinze ans ont été nombreux, il ajoutait : « La différence essentielle est que les principes que vous consacrez dorénavant sont plus spécialisés : ils concernent plutôt le droit des étrangers ou la matière sociale que les règles générales de l'action administrative ». Précisément, dans l'affaire concernée, le Conseil d'État, conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, a consacré l'un de ces nouveaux principes : « le principe général de l'indépendance des inspecteurs du travail » [6].

---

1. Cette exigence se trouve tout particulièrement soulignée dans l'arrêt *Nègre* (CE 20 janv. 1956, *D*. 1956.319). M. Nègre, directeur de l'agence France-Presse, est informé le 27 sept. 1954, par une lettre qui lui est parvenue le même jour en fin d'après-midi, que le gouvernement envisage de mettre fin à ses fonctions et l'invite à prendre communication de son dossier. Il bénéficie de cette procédure le lendemain 28 septembre dans la matinée avant 10 heures et est reçu par le représentant du Garde des Sceaux. Le jour même, le décret mettant fin à ses fonctions est signé par le président du Conseil. Il n'avait donc disposé, dans l'hypothèse la plus favorable, que de quelques heures pour préparer et exposer sa défense : un délai aussi court n'est pas suffisant, estime le juge, qui affirme que la révocation de M. Nègre est irrégulière de ce seul fait.
2. *Infra*, dossier 10, p. 470.
3. CE 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, *R.* 151, *GAJA* n° 67.
4. P. Delvolvé, *Le Principe d'égalité devant les charges publiques*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 88, 1969. V. *infra*, dossier 12, La responsabilité administrative, p. 504.
5. V. *infra*, p. 547 (à propos des principes de fonctionnement des services publics).
6. CE 9 oct. 1996, *Union nationale CGT des affaires sociales*, *RDP* 1997.894, concl. C. Maugüe.

De fait, en *matière sociale,* divers principes ont été dégagés, par exemple : en 1973, l'interdiction faite à un employeur de licencier une salariée en état de grossesse ; en 1982, l'obligation d'attribuer aux agents non-titulaires une rémunération au moins égale au SMIC ; ou encore, en 1986, « le principe général en vertu duquel la nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle » [1].

La jurisprudence relative aux *étrangers* s'est aussi remarquablement développée dans le souci d'assurer une relative protection face à la précarité accentuée de certaines situations. En 1978, un arrêt *GISTI* consacrait le droit, pour tout étranger résidant régulièrement en France « de mener une vie familiale normale ». Depuis lors, nombreux ont été les arrêts consacrant des règles protectrices, et particulièrement des « *principes généraux du droit applicables aux réfugiés* », résultant notamment de la Convention de Genève. Le Conseil d'État énonce, en 1988, que ces principes font obstacle à ce qu'un réfugié soit remis aux autorités de son pays d'origine. En 1994, il ajoute que ces principes imposent que la qualité de réfugié « soit reconnue à la personne de même nationalité qui était unie par le mariage à un réfugié à la date à laquelle celui-ci a demandé son admission au statut, ainsi qu'aux enfants mineurs de ce réfugié » [2]. Et le Conseil d'État a dégagé plusieurs « *principes généraux du droit de l'extradition* » ; notamment en 2000 celui selon lequel une extradition « peut être refusée si elle est susceptible d'avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle pour la personne réclamée, notamment en raison de son âge ou de son état de santé » [3].

Évidemment, cette évolution n'empêche pas l'émergence de principes généraux du droit dans les grands domaines où ils sont d'abord apparus. Ainsi, en matière de procédure administrative, a pu être énoncée par le Conseil d'État, en 2003, une « obligation qui constitue un principe général du droit » : « sauf lorsqu'elle justifie, sous le contrôle du juge, de circonstances particulières y faisant obstacle, *l'autorité administrative est tenue de publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte* »[4].

e) La consécration récente d'un **principe de sécurité juridique** confirme qu'il y a encore beaucoup à « découvrir » : elle résulte d'un **arrêt *Société KPMG* du 24 mars 2006** [5].

Depuis quelques années déjà, le Conseil d'État était confronté à la jurisprudence de la CJCE admettant comme principes généraux du droit communautaire ce principe et celui

---

1. CE 8 juin 1973, *Dame Peynet*, *R.* 406, concl. M. Grevisse ; CE 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse*, *RDP* 1983.1077, note J. de Soto ; CE 6 juin 1986, *Fédération des agents de la fonction publique*, *AJDA* 1986.421, *Dr. soc.* 1986.725, concl. J. Massot.
2. CE 8 déc. 1978, *GISTI*, *R.* 493, *Dr. soc.* 1979.57, concl. Dondoux ; CE 1er avr. 1988, *Bereciartua-Echarri*, *R.* 135, *JCP* 1988.II.21071, concl. Vigouroux, *RFDA* 1988.499, note B. Genevois ; CE 2 déc. 1994, *Mme Agyepong*, *RFDA* 1995.86, concl. Denis-Linton.
3. CE 13 oct. 2000, *Kozirev*, *RFDA* 2001.1042 concl. I. De Silva. En matière d'extradition voir aussi, *supra,* p. 94, le principe fondamental reconnu par les lois de la république dégagé par le Conseil d'État.
4. CE 12 déc. 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, *AJDA* 2004.442, note H.M. (avec injonction au ministre de l'Intérieur de publier dans les trois mois au *JO* un arrêté signé vingt ans plus tôt, en 1983).
5. CE 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, *RFDA* 2006.463, concl. Y. Aguila ; *AJDA* 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

de confiance légitime [1]. Qu'il ne reconnaisse de son côté ni l'un ni l'autre comme principes du droit interne, ne l'empêchait évidemment pas de considérer l'exigence de sécurité juridique comme « fondement de l'État de droit » ; et il n'a jamais été contesté que « malgré l'absence de reconnaissance solennelle d'un principe de sécurité juridique, de nombreuses règles en sont issues » [2]. C'est peu après l'avoir rappelé, dans son rapport annuel 2006, que le Conseil d'État, statuant au contentieux, a néanmoins annulé un décret parce qu'à défaut de dispositions transitoires les exigences et interdictions résultant de ce décret étaient « contraires au principe de sécurité juridique » [3]. S'ajoute donc, avec l'arrêt *Société KPMG*, au nom de la sécurité juridique, une obligation nouvelle pour le pouvoir réglementaire. Pour des considérations semblables, il va de soi que s'impose aussi toujours un principe de non-rétroactivité. Le Code civil, en son article 2, affirme que la loi ne dispose que pour l'avenir. Le juge administratif étend cette absence de rétroactivité aux règlements et aux actes administratifs individuels [4]. De plus, lorsque ces derniers ont créé des droits, ils sont caractérisés par une véritable intangibilité : l'autorité administrative ne peut pas en principe les retirer car elle reviendrait sur une situation juridique et agirait rétroactivement. De même, la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses peut apparaître comme une traduction de l'exigence de sécurité juridique.

Toutes ces traductions concrètes du principe de sécurité juridique connaissent des exceptions. D'abord, l'effet rétroactif est souvent prévu par la loi [5]. Ensuite, il peut s'avérer nécessaire pour procéder au retrait d'une décision irrégulière, ou encore pour tirer les conséquences d'une annulation pour excès de pouvoir [6].

En dépit de jurisprudences bien établies, dans des domaines divers, il reste malgré tout à déterminer ce qu'est exactement le principe de sécurité juridique et ce que sa consécration ouvre comme perspectives nouvelles. Dans l'arrêt *KPMG*, il peut sembler ne pas se distinguer clairement du principe de confiance légitime [7]. Et sa nature n'est pas précisée. C'est un « principe » ! Est-il constitutionnel ? Le rapport annuel du Conseil d'État – peu de temps avant l'arrêt – observe encore qu'il n'est pas expressément consacré par le Conseil constitutionnel, « si ce n'est sous la forme de la « garantie des droits » » (p. 287). Mais il se demande si l'on ne va pas « vers un principe constitutionnel de sécurité

---

1. V. *supra*, p. 124.
2. CE, Rapport public 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, *EDCE* n° 57, p. 281 et p. 291
3. L'arrêt précise qu'« il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle ; qu'il en va ainsi en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées ».
4. M. Letourneur, « Le principe de la non-rétroactivité des actes administratifs », *EDCE* n° 9, 1955.37 ; CE 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*, *R.* 289, *S.* 1948.3.69, concl. Letourneur, *GAJA* n° 62.
5. Le principe de non-rétroactivité ne s'impose au législateur qu'en matière répressive (CC 22 juill. 1980, *AJDA* 1980.480 : « [...] sauf en matière pénale, la loi peut comporter des dispositions rétroactives »). Il est à noter, toutefois, que depuis 1998, le Conseil Constitutionnel énonce des conditions strictes concernant les lois fiscales : le législateur ne peut adopter des dispositions rétroactives « qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles. » De même, pour une annulation rétroactive de créances, v. CC 18 déc. 2001 (loi de financement de la sécurité sociale pour 2002).
6. V. *infra*, p. 485 (sur le retrait) et p. 642 (sur les conséquences d'une annulation).
7. F. Melleray, *AJDA* 2006.897 (Tribune), « L'arrêt *KPGM* consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? » (Interrogation sur la portée exacte de ce que le CE lui-même dans un communiqué de presse a présenté comme une consécration solennelle).

juridique » ; avant de rappeler plus loin (p. 293) que le Conseil d'État « ne place pas l'exigence de sécurité juridique... au rang des principes généraux du droit ». Qu'en est-il à présent ?

Chapitre 5

Les règlements

Les règles générales ne figurent pas seulement dans la Constitution, dans les conventions internationales, dans la loi, ou la jurisprudence. Nombre d'entre elles sont l'œuvre du *pouvoir exécutif*, et donc des autorités administratives. Ce sont les règlements [1].

Depuis la Révolution et l'affirmation de la suprématie de la loi, le pouvoir réglementaire a connu une histoire mouvementée. Les textes constitutionnels ont été longtemps silencieux ou lacunaires à son sujet [2]. Mais la pratique a montré que l'édition de règlements pour l'application des lois est une nécessité ; et le pouvoir réglementaire a effectivement connu un grand développement depuis le XIXe siècle, bien que l'expression même de « pouvoir réglementaire » n'apparaisse pour la première fois que dans la Constitution de 1958. Celle-ci a apporté une innovation majeure, par rapport à la tradition constitutionnelle, en limitant le domaine de la loi. Dans ce contexte les règlements autonomes semblaient devoir prendre une place très importante dans l'ordre juridique. Tel n'a pas vraiment été le cas. S'ils existent bien, le nouveau partage du pouvoir normatif n'a pas réellement connu l'évolution attendue : « La révolution n'a pas eu lieu » [3] (Section 1).

Quant aux autorités compétentes pour édicter des règlements, la Constitution de 1958 a établi un partage entre le président de la République et le Premier ministre. Toutefois, les ministres et d'autres autorités exercent aussi le pouvoir réglementaire, mais dans des conditions limitées (Section 2).

Si important soit-il devenu, le pouvoir réglementaire ne constitue malgré tout qu'un aspect du pouvoir normatif des autorités administratives. La plupart de ces autorités ont des compétences multiples. Différentes normes (individuelles ou particulières) s'ensuivent qui, elles aussi, sont diverses. Avec les règlements, elles forment, en tant que sources du droit administratif un ensemble inévitablement complexe (Section 3) [4].

---

1. Il s'agit ici des règlements dans l'ordre interne, à distinguer des règlements édictés par les instances de l'Union européenne.
2. V. M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire*, 1789-1799, PUF, 1991. Sur la distinction entre la loi et le règlement, d'un point de vue historique, et la question de la modification de dispositions législatives par le pouvoir réglementaire : J. L. Mestre, « De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution », *RFDA* 2001.301.
3. J. Rivero, dans *Le domaine de la loi et du règlement,* Economica, 1981, p. 263. V. aussi L. Favoreu, « Les règlements autonomes existent-ils ? » *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 405 ; « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA* 1987.871.
4. Sur le régime de l'ensemble de ces normes voir les dossiers 9 et 10, et pour le contentieux le dossier 13.

Section 1
Le domaine du règlement

§ 1. Avant la constitution de 1958

Aucune matière n'échappait par nature à l'emprise du législateur : ainsi le voulait *l'impérialisme de la loi* issu de la pensée révolutionnaire (voir J.-J. Rousseau et la Déclaration de 1789). De plus, certaines matières étaient réservées au pouvoir législatif, notamment tout ce qui concerne les libertés publiques : l'état des personnes (nom, état civil, domicile) ne pouvait être régi que par la loi ; les impôts et les taxes assimilées ne pouvaient être levés qu'en vertu d'une loi ; les pénalités ne pouvaient être instituées que par la loi (*nullum crimen, nulla paene sine lege)*, etc.

Ainsi le règlement n'avait pas de domaine propre. Il était subordonné à la loi, et le législateur était maître du champ (plus ou moins étendu) ouvert au règlement. Toutefois, la suprématie de la loi n'était pas absolue, en raison de trois pratiques modifiant le schéma de principe.

a) Dès le début du XXe siècle, le Conseil d'État reconnut l'existence et la validité de *règlements pris par une autorité administrative*, non pour assurer l'exécution d'une loi, mais *en vertu de ses pouvoirs propres.* Ainsi le président de la République a-t-il compétence pour fixer par décret les règles relatives à la circulation des véhicules automobiles, notamment pour imposer l'exigence d'un permis de conduire [1]. Il entre également dans ses attributions d'écarter, *en cas de circonstances exceptionnelles,* la procédure de la communication du dossier aux agents menacés d'une sanction disciplinaire [2]. En bref, l'Administration doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics : c'est ainsi qu'il faut comprendre la **mission générale d'assurer l'exécution des lois** dont la chargent la Constitution et les lois. Affirmer qu'elle appartient au pouvoir exécutif ne signifie nullement qu'elle doit se contenter d'exécuter, cas par cas, les dispositions des textes législatifs ; tout au contraire, elle pourvoit, même par des décisions sans préalable législatif, à l'ensemble des besoins d'intérêt général.

Une jurisprudence plus récente relative à la *grève* confirme ces arrêts anciens. Le Préambule de la Constitution de 1946 consacre l'existence du droit de grève pour tous les travailleurs et, donc implicitement, pour les agents publics. Mais il précise que ce droit « s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Or, le législateur n'a pas rempli la mission qui lui était ainsi confiée par le constituant. Le Conseil d'État admet qu'il « appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue » des limitations au droit de grève dans les services publics. Quand, plus tard, le législateur se décide à intervenir dans ce domaine, le juge prend prétexte du caractère partiel de la loi pour maintenir sa jurisprudence. Et il ne l'abandonne même pas quand la Constitution de 1958 donne compétence au législateur pour « fixer les règles relatives aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État », ce qui inclut les règles

---

1. CE 8 août 1919, *Labonne*, *R.* 737 ; *GAJA* n° 36.
2. CE 28 juin 1918, *Heyriès*, *R.* 651 ; *GAJA* n° 32.

relatives à la grève : malgré cela, **si la loi est défaillante, un règlement peut intervenir régulièrement à sa place** [1].

b) Ensuite, lorsque la procédure parlementaire ne permit plus l'élaboration de tous les textes nécessités par les interventions de plus en plus nombreuses de l'État, la technique des *lois de pleins pouvoirs* apparut : le Parlement confie au gouvernement le pouvoir de modifier la loi par des décrets que l'on appelle des **décrets-lois.** Par exemple, dans une crise grave, le Parlement, par une loi du 3 août 1926 chargea le président de la République de faire des économies, au besoin en modifiant la loi par voie de décrets qui devaient seulement être soumis à la ratification du Parlement, et ce jusqu'au 31 décembre 1926. Ainsi se poursuivit une pratique qui avait commencé pendant la Première Guerre mondiale et qui est considérée par certains juristes comme l'origine d'une véritable coutume modifiant les lois constitutionnelles de 1875 (applications en 1934, 1937, 1939) [2].

La *Constitution de 1946* réagit et son article 13 précisera que l'Assemblée nationale qui vote seule la loi ne peut déléguer ce droit. Pourtant les pratiques antérieures n'ont pas cessé et, consulté par le gouvernement, le Conseil d'État, dans un avis du 6 février 1953, en admit la régularité. Certes les constituants « ont entendu interdire le recours aux décrets, pris en vertu des lois de pleins pouvoirs ». Toutefois, « le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire » et donc décider des matières qui relèvent de ce dernier. Dès lors, les décrets pris en ces domaines « peuvent modifier, abroger ou remplacer les dispositions législatives ». Deux principes limitent pourtant ces délégations : d'une part, « elles seraient irrégulières si, par leur généralité ou leur imprécision, elles manifestaient la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale » ; d'autre part, elles doivent laisser intacte la compétence de la loi pour des matières qui lui sont réservées, « soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition républicaine [3] ».

c) Enfin, une **loi du 17 août 1948** [4] dressa une liste des *matières « ayant par nature un caractère réglementaire » :* le gouvernement peut abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en ce domaine, à la condition de procéder par décret en Conseil d'État. Cette solution n'était certainement pas conforme à la Constitution de 1946 et elle souleva de nombreuses difficultés pratiques, car le législateur qui s'était dessaisi d'une partie de sa compétence pouvait toujours la reprendre en modifiant la liste établie.

§ 2. Dans la constitution de 1958

Le pouvoir exécutif est renforcé et corrélativement le pouvoir réglementaire. Tout d'abord, l'article 38 constitutionnalise la pratique des décrets-lois, désormais appelés **ordonnances** [5]. Ensuite, l'article 37 donne en principe une compétence de droit commun au pouvoir réglementaire, la loi n'ayant plus qu'un domaine assigné (compétence

---

1. CE 7 juill. 1950, *Dehaene*, *R.* 426 ; *RDP* 1950.691, concl. F. Gazier, note M. Waline ; *GAJA* n° 65 ; 1er juin 1984, *Fédération nationale des travailleurs des P et T*, *RFDA* 1988. 850.
2. V. les manuels de droit constitutionnel.
3. Texte complet de l'avis : *RDP* 1953. 170 ; *GACE*, n° 2.
4. Loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier.
5. V. *supra*, p. 132.

d'attribution). Mais la pratique et la jurisprudence (principalement du Conseil constitutionnel) ont eu pour effet de limiter la portée de cette transformation *a priori* radicale du pouvoir réglementaire autonome. Autrement dit, si à côté des très nombreux règlements d'application des lois il existe des **règlements autonomes,** ceux-ci font l'objet d'une analyse très nuancée :

– L'expression de règlement autonome (qui ne se trouve pas dans la Constitution) a été consacrée par le juge [1]. Et le Conseil d'État a réaffirmé le pouvoir propre du gouvernement (dans la ligne de l'arrêt *Labonne*) pour édicter des mesures de police générale sans habilitation du législateur [2].

– Certains domaines sont effectivement considérés comme relevant du règlement autonome (procédure administrative, organisation de l'Administration d'État, régime des contraventions, régime des agents publics non titulaires...).

– Cependant, en pratique, il est difficile d'affirmer que des matières sont exclusivement réglementaires : le domaine de la loi a été interprété de façon extensive par la jurisprudence ; et surtout, les lois peuvent empiéter sur le domaine réglementaire sans être inconstitutionnelles.

Il en résulte que le partage entre le domaine de la loi et celui du règlement est relativement mouvant.

Les dispositions constitutionnelles ne sont pas pour autant abolies et la question de la protection des domaines législatif et réglementaire continue de se poser. Que se passe-t-il si un décret intervient dans le domaine législatif ou si, au contraire, une loi intervient dans le domaine réglementaire ?

a) En ce qui concerne la **protection du domaine législatif,** c'est l'intervention du **juge administratif,** du **juge répressif,** ou du **juge constitutionnel** qui permet d'assurer le respect du droit.

Le *juge administratif* peut jouer plusieurs rôles.

Tout d'abord, le Conseil d'État peut être saisi d'un **recours pour excès de pouvoir** tendant à l'annulation du décret pris en violation de la Constitution, et il statue conformément aux règles habituelles. Ainsi, par exemple, à propos de la création d'un « nouvel ordre de juridiction » qui, selon l'article 34, relève de la loi. Le Conseil d'État a jugé que le transfert de la compétence en matière commerciale, des tribunaux civils à d'autres juridictions déjà existantes, n'est pas assimilable à une telle création, et donc que le décret qui le décide respecte l'article 34 [3]. En revanche, il a estimé que l'institution au sein de ce qui était alors le conseil régional de discipline de l'ordre des médecins d'une section des assurances sociales, de formation paritaire, substituée à la formation plénière composée uniquement de médecins, aboutissait à la création d'un nouvel ordre de

---

1. CE 8 févr. 1985, *Association des centres Édouard Leclerc* (à propos du régime des contraventions), *RDP* 1986.256.
2. CE 22 janv. 1982, *Assoc. Auto-Défense*, *D.* 1982.494, note B. Pacteau (affaire relative à l'obligation de porter la ceinture de sécurité dans les automobiles).
3. CE 2 juin 1961, *Groupement des commerçants, artisans, industriels et patentés du canton de Blanc*, *R.* 908.

juridiction : elle ne pouvait être opérée que par une loi, et le décret créant cette section était irrégulier [1].

Ensuite, si dans un procès civil l'une des parties soulève l'**exception d'inconstitutionnalité** (on parle plus volontiers mais improprement d'une *exception d'illégalité*) d'un décret de l'article 37, le juge judiciaire sursoit à statuer : sur renvoi, le Conseil d'État peut déclarer le décret nul et, par conséquent, en écarter l'application en l'espèce (sans porter atteinte à son maintien en vigueur pour le reste). L'exception d'inconstitutionnalité peut être également soulevée devant le juge administratif, à l'occasion d'un litige relatif à un autre acte pris pour l'application du décret contesté : le Conseil d'État peut déclarer le décret nul, même si le délai du recours pour excès de pouvoir est expiré et, si par conséquent, le décret ne peut plus être annulé. En d'autres termes, si l'**annulation** du décret ne peut résulter que d'un recours pour excès de pouvoir (cas précédent), la **déclaration de nullité** est prononcée, en dehors de tout délai, simplement lorsque l'exception d'inconstitutionnalité est fondée : la voie d'exception relaie la voie d'action.

Quant au *juge répressif,* si l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée devant lui, il décide lui-même de la régularité du décret (sans renvoi au juge administratif).

Enfin, le *Conseil constitutionnel* assure la protection du domaine législatif en veillant à ce que le législateur ne *méconnaisse pas sa propre compétence* (incompétence négative) en permettant au gouvernement de fixer des règles qui ne relèvent pas du pouvoir réglementaire [2].

b) Concernant la **protection du domaine réglementaire** contre un éventuel empiétement du législateur, le juge administratif et le juge judiciaire sont évidemment hors du jeu puisqu'ils ne contrôlent pas la constitutionnalité de la loi. En revanche, le **Conseil constitutionnel** peut en principe intervenir selon différentes procédures.

En vertu de l'article 41 de la Constitution, il peut être saisi avant le vote sur une proposition de loi ou un amendement. Cette procédure, toutefois, n'a guère été utilisée et peut sembler être pratiquement tombée en désuétude.

À défaut, l'on pourrait penser qu'il y a la procédure de l'article 61, après le vote et avant la promulgation. Mais là, c'est le Conseil constitutionnel lui-même qui, en 1982, a considéré que cet article ne peut être mis en œuvre pour sauvegarder la compétence réglementaire : « *par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi,* mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au gouvernement, par la mise en œuvre des articles 37, alinéa 2 et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi » [3].

---

1. CE 13 juill. 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *R.* 472.
2. *Supra*, p. 131.
3. CC 30 juill. 1982 (loi sur les prix et les revenus), *R.* 57. Les termes de l'article 41 peuvent expliquer cette décision : lorsqu'une proposition de loi ou un amendement ne sont pas du domaine de la loi, le gouvernement a la faculté et non l'obligation de s'opposer à leur adoption en invoquant leur irrecevabilité ; s'il peut « laisser faire », il est logique qu'une loi contenant des dispositions réglementaires ne soit pas jugée contraire à la Constitution. Il n'y en a pas moins toujours discussion autour de la jurisprudence ainsi fixée : G. Drago, par exemple, estime qu'elle est de celles qui contribuent à troubler l'ordre normatif et

Comme le gouvernement n'utilise pas la procédure de l'article 41, il reste en fait celle de l'article 37, alinéa 2 [1]. *Après la promulgation,* une disposition législative qui est intervenue dans le domaine réglementaire peut être abrogée ou modifiée par un décret. Si elle est postérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, cette opération nécessite une intervention du Conseil constitutionnel. Celui-ci peut décider que le texte considéré n'est pas vraiment une loi, puisqu'il est intervenu dans le domaine réglementaire, mais seulement un « texte en forme législative ». Dès lors, il y a déclassement ou *délégalisation*, et le gouvernement peut agir par un décret en Conseil d'État. L'utilisation de cette procédure est une commodité pour le gouvernement. Ainsi, lorsqu'il a, de lui-même, introduit dans un texte de loi, pour des raisons diverses, des dispositions du domaine réglementaire, il peut, en demandant le déclassement des dispositions, en revenir à l'exercice de son pouvoir réglementaire. Tel a été le cas, typique, des dispositions concernant l'Administration d'État de la loi du 6 février 1992 relative à l'Administration territoriale de la République. Le Conseil constitutionnel a reconnu le caractère réglementaire de l'article 2 de la loi dans une décision du 21 janvier 1997, ce qui a permis au gouvernement de procéder à des modifications par décret en Conseil d'État [2]. Le même système vaut pour les ordonnances ratifiées qui auraient été prises dans des matières non législatives. La mise en œuvre de la procédure de l'article 37, alinéa 2, n'est pas une obligation pour le Premier ministre s'il est saisi d'une demande en ce sens. Il dispose en la matière d'un « large pouvoir d'appréciation », ce qui n'empêche pas sa décision d'être susceptible de recours pour excès de pouvoir (ce n'est pas un acte de gouvernement) [3].

---

préconise son abandon (« Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP* 2006.45).

1. Une autre voie que celle de la saisine du Conseil constitutionnel après promulgation de la loi pourrait avoir été ouverte par le Conseil lui même, dans sa décision du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (citée *supra*, p. 131). Il y relève (dans le cadre donc du contrôle de constitutionnalité de la loi exercé selon l'article 61 de la Constitution) que diverses dispositions de la loi en cause « ont, à l'évidence, le caractère réglementaire ». Si l'on peut s'interroger sur la portée exacte de cette reconnaissance d'un caractère réglementaire, il est permis de penser que cela vaut « délégalisation préventive » et dispense le gouvernement d'en passer par l'article 37, alinéa 2. Celui-ci ne précisant pas quand le Conseil constitutionnel doit s'être prononcé, peu importe qu'il l'ait fait avant la promulgation de la loi.

2. Si la loi concernée est antérieure à l'entrée en vigueur de la Constitution, l'abrogation ou la modification se fait sans intervention du Conseil constitutionnel par décret en Conseil d'État. Dans les deux cas, l'exigence d'un avis du Conseil d'État ne vaut que pour le premier décret modificatif, les modifications ultérieures pouvant résulter d'un décret simple (à moins que ce premier décret n'exige lui-même la consultation du Conseil d'État pour les modifications ultérieures). Sur la modification de la loi du 6 février 1992, v. *infra*, dossier 4, p. 182, note 2.

3. CE 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*, *AJDA* 2000.170, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *GAJA* n° 109. Et, pour un autre exemple : CE 29 avr. 2002, *Ullman*, *RFDA* 2003.680 (c'est à bon droit que le Premier ministre refuse de mettre en œuvre la procédure de l'article 37-2 lorsque cela lui est demandé pour prendre des dispositions qui portent sur des matières législatives).

Section 2
Le partage du pouvoir réglementaire

Les autorités pouvant (ou devant) exercer le pouvoir réglementaire sont aujourd'hui nombreuses [1] : l'évolution au cours du XXe siècle montre une tendance à la dispersion des compétences. Cela ne va pas sans soulever diverses interrogations dans la mesure où la Constitution n'est pas de la plus grande précision, ouvrant ainsi la voie à des interprétations variables et une pratique assez incertaine.

§ 1. Le partage du pouvoir réglementaire général entre le président de la République et le Premier ministre [2]

Le pouvoir réglementaire appartenait au président de la République sous la IIIe République, puis au président du Conseil sous la IVe. La Constitution de 1958 instaure un bicéphalisme en disposant dans son article 21 que *le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire, sous réserve des dispositions de l'article 13.* En vertu de cet article, le président de la République signe les décrets en Conseil des ministres. On en déduit que les décrets non délibérés en Conseil des ministres relèvent de la compétence du Premier ministre. La mise en œuvre de ces dispositions a posé **deux problèmes.**

– Le premier concerne la délimitation des *décrets délibérés en Conseil des ministres*, la Constitution ne donnant aucune précision. La délibération est soit obligatoire en vertu d'un texte, soit jugée opportune par le gouvernement ou le président de la République. Or, dans sa jurisprudence, le Conseil d'État a successivement adopté deux positions différentes. En 1987 [3], il avait jugé qu'un décret délibéré en Conseil des ministres sans obligation devait être considéré comme étant un décret du Premier ministre bien que n'étant que contresigné par lui (ce qui laissait à celui-ci la possibilité de modifier ce décret). Mais dans l'arrêt *Meyet*, en 1992 [4], il est revenu sur ce raisonnement en affirmant qu'un décret délibéré en Conseil des ministres alors même qu'aucun texte n'imposait cette procédure, doit être signé par le président de la République et entre donc dans sa compétence exclusive. Le Conseil d'État a confirmé cette jurisprudence en 1994 [5] en précisant que de tels décrets ne peuvent être modifiés que par des décrets de même nature (et non par des décrets du Premier ministre). Conforme à la lettre de la Constitution cette interprétation, controversée, présente l'inconvénient d'étendre la compétence du président de la République en rendant difficile une réversion au profit du Premier ministre. Cela est néanmoins possible : un décret en Conseil des ministres peut comporter un article

---

1. Sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire, v., par exemple, l'obligation de prendre les règlements d'application des lois, *infra*, p. 469.
2. V. J. Massot, *Chef de l'État et chef du gouvernement*, La Documentation française, 1993, *Alternance et cohabitation sous la Ve République,* La Documentation française, 1997 ; Et J. Fournier, *Le travail gouvernemental*, FNSP et Dalloz, 1987. V. aussi J.-Cl. Douence, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 81, 1968.
3. CE 16 oct. 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*, *R.* 311 ; et R. Chapus, « Le statut des décrets réglementaires délibérés en Conseil des ministres », *DS* 1988, chron. XXX, p. 199.
4. CE 10 sept. 1992, *Meyet*, *AJDA* 1992. 643 ; *RDP* 1992, concl. D. Kessler (p. 1799) et analyses de F. Luchaire (p. 1598) et de A.-M. Le Bos-Le Pourhiet (p. 1822).
5. CE 23 mars 1994, *Comité d'entreprise de la Régie Renault*, et CE 27 avr. 1994, *Allamigeon*, *AJDA* 1994.904.

disposant que « le présent décret peut être modifié par décret du Premier ministre ». La solution peut paraître curieuse du point de vue d'une stricte logique juridique, mais le partage des compétences entre les deux autorités n'en est plus à une subtilité près, et l'opportunité a ses exigences. Dans un arrêt de 1996, le Conseil d'État a admis le procédé [1].

– Le second problème posé par la répartition des compétences est venu d'une pratique instaurée dès 1959 par le général de Gaulle : la signature par le président de la République de *décrets réglementaires non délibérés en Conseil des ministres.* Cela paraît contraire à la Constitution puisque d'après l'article 13 le président de la République signe les décrets délibérés en Conseil des ministres. Mais dans une jurisprudence pragmatique le Conseil d'État a en quelque sorte rétabli l'ordre des choses : l'arrêt *Sicard* de 1962 considère que ces décrets ne sont pas entachés d'incompétence dans la mesure où ils portent la signature du Premier ministre, autorité compétente en droit et, en fait, contresignataire. La signature du président est dès lors considérée comme un simple ajout. Ces décrets « Sicard » sont assez nombreux, dans des domaines divers, sans délimitation très précise ni constante par rapport aux décrets effectivement signés par le Premier ministre. Cela révèle un certain flou dans la répartition, en pratique, des rôles du Président et du Premier ministre [2].

Dans sa rédaction initiale, la Constitution n'attribue expressément le pouvoir réglementaire qu'à ces deux autorités nationales. Toutefois, cela n'est pas entendu comme établissant un monopole absolu. Seul le pouvoir réglementaire général exercé par décrets relève exclusivement du Premier ministre, et, dans les conditions indiquées, du Président [3]. Des compétences réglementaires limitées sont exercées par d'autres autorités. Ce que confirme, pour les collectivités territoriales, le nouvel article 72 issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

§ 2. L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE PAR D'AUTRES AUTORITÉS

La multiplicité actuelle de ces autorités et des sources de leur pouvoir rend le schéma complexe. La jurisprudence du Conseil d'État et celle du Conseil constitutionnel ont apporté des éclaircissements sans éliminer totalement les ambiguïtés.

a) Des **autorités de l'État** tout d'abord exercent des compétences réglementaires, à commencer par les **ministres,** et cela dans trois cas. En premier lieu, *comme tout chef de service,* ils peuvent édicter une réglementation pour l'organisation et le bon fonctionnement des services placés sous leur autorité. Ce pouvoir, qui n'a pas à être prévu par un texte particulier, s'exerce normalement par voie d'arrêtés, mais aussi parfois de circulai-

---

1. CE 9 sept. 1996, *Collas*, *D.* 1997.129, note O. Gohin.
2. CE 27 avr. 1962, *Sicard et autres*, *R.* 280, et *AJDA* 1962.284. V. aussi P. Avril, « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *AJDA* 1976. 116. Comme exemple important de ces décrets, on peut citer les décrets d'attribution des ministres délégués et des secrétaires d'État (les décrets d'attribution des ministres étant délibérés en Conseil des ministres ; v. *infra,* p. 169, le décret relatif aux attributions du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie). Ils sont aussi courants en matière de défense nationale.
3. Par l'exercice du contreseing, les ministres participent à l'exercice du pouvoir réglementaire général. (*supra*, p. 103). Par ailleurs, il n'est pas impossible qu'un décret soit signé par un ministre : cela peut être le cas lorsqu'un ministre est désigné pour assurer l'intérim du Premier ministre (en raison de son absence, ou empêchement). Cet intérim est institué par un décret du Président de la République (V. Décis. CC 9 janv. 1990, *JO* 11 janv.).

res [1]. En second lieu, l'article 21 de la Constitution dispose que le Premier ministre peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Cette délégation peut comporter l'exercice d'une compétence réglementaire particulière : ainsi un décret peut-il renvoyer à un arrêté ministériel, à condition que la délégation soit définie avec précision. En troisième lieu, les ministres peuvent se voir conférer par le législateur un pouvoir réglementaire dans des matières qui relèvent de leurs attributions. En effet, les lois prévoient assez souvent que leurs modalités d'application feront l'objet de règlements pris par arrêtés ministériels ou interministériels. Par exemple, l'article 17 de la loi sur l'enseignement supérieur du 26 janvier 1984, devenu l'article L. 613-1 du code de l'éducation, précise que « les règles communes pour la poursuite des études conduisant à des diplômes nationaux, les conditions d'obtention de ces titres et diplômes, le contrôle de ces conditions et les modalités de protection des titres qu'ils confèrent sont définis par arrêté du ministre chargé de l'enseignement supérieur, après avis ou proposition du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche ».

On pouvait se demander si cette habilitation législative n'était pas contraire à l'article 21. Mais la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux pouvoirs de certaines autorités administratives indépendantes a montré que de telles habilitations étaient, dans certaines conditions, compatibles avec l'article 21.

Le législateur a attribué, en effet, des compétences réglementaires à certaines **autorités administratives indépendantes** (autorités de l'État) : la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Commission des opérations de bourse (COB) aujourd'hui remplacée par l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Le Conseil constitutionnel a clairement marqué les limites de cette compétence d'attribution. Il affirme que, si l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique quelconque (et non uniquement au Premier ministre) le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures à portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu. De plus, le Conseil constitutionnel a précisé que les décisions du Premier ministre ne peuvent être subordonnées aux règles générales fixées par ces autorités [2].

Les **préfets**, représentants de l'État dans les départements et les régions disposent quant à eux de compétences réglementaires qui tendent à se développer en raison du renforcement de la politique de déconcentration. Et les préfets de département ont un pouvoir réglementaire dans le cadre de leurs attributions de police administrative.

b) Les **collectivités décentralisées** aussi « disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». En le précisant désormais, tout en rappelant que c'est « dans les conditions prévues par la loi », l'article 72 de la Constitution ne fait que

---

1. CE 7 févr. 1936, *Jamart*, *R.* 172 ; *S.* 1937, 3, p. 113 note J. Rivero ; R. Schwartz, « Le pouvoir d'organisation du service », *AJDA*, numéro spécial du 20 juin 1997 (sur le service public), p. 47. Et sur les circulaires : v. *infra*, dossier 13, p. 621.
2. CC 18 sept. 1986 (*JO* 19 sept.) ; CC 17 janv. 1989 (CSA) (*JO* 18 janv.), *GDCC* ; et, à propos de l'article, CC 23 juill. 1996 (*JO* 27 juill.).

consacrer un pouvoir déjà existant [1]. En effet, le législateur, qui fixe les principes de la libre administration locale et les compétences des collectivités, peut leur attribuer un pouvoir de réglementation, dans la limite de leurs attributions. Par exemple, le *maire* est compétent pour prendre les mesures générales nécessaires au maintien de l'ordre public, ou, en dehors de l'exercice de la police administrative, il peut notamment réglementer l'utilisation des biens communaux par les usagers. En outre, comme tout chef de service, le maire peut fixer des règles pour le bon fonctionnement des services (par exemple, réglementer le droit de grève dans les services municipaux).

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les autorités locales peuvent prendre directement des règlements d'application des lois alors que la Constitution charge le Premier ministre de l'exécution des lois. En 2002, le Conseil constitutionnel a rappelé que le législateur ne peut mettre en cause le pouvoir réglementaire général attribué au Premier ministre, mais qu'il peut « confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi » (cela à l'exclusion, toutefois, de mesures fixant les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques, celles-ci devant être les mêmes sur tout le territoire et ne pouvant donc dépendre de décisions des collectivités) [2]. Il n'en va pas différemment depuis la réforme de 2003, dont la portée juridique apparaît dès lors « essentiellement symbolique » [3].

La possibilité de dérogation liée à l'expérimentation (prévue au 4e alinéa de l'article 72) ne fait pas exception et confirme le caractère subordonné du pouvoir réglementaire local : c'est seulement « dans les conditions prévues par la loi organique » que « les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent lorsque selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Encore ne faut-il pas que soient en cause « les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti » [4].

c) Divers autres organismes dotés de la personnalité morale et chargés d'une mission de service public (des **institutions spécialisées**) peuvent encore détenir un pouvoir réglementaire. C'est le cas des *établissements publics* : leurs organes dirigeants édictent une réglementation pour préciser l'organisation et assurer le bon fonctionnement des services, et dans certains cas les textes leur confèrent des compétences réglementaires spéciales dans le cadre de la mission de service public dont ils sont chargés. De même, des textes confient un pouvoir réglementaire à des *organismes privés* [5]. Ainsi les fédérations

---

1. V. M. Joyau, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 198, 1998 ; B. Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 200, 1998.
2. CC 17 janv. 2002, concernant la loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse. La loi attribue un pouvoir réglementaire important à cette collectivité puisqu'elle peut être habilitée par le législateur à fixer des règles adaptées aux spécificités de l'île. Mais, d'une part, cela est exclu lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté individuelle ou d'un droit fondamental, d'autre part il ne peut s'agir que de la mise en œuvre des compétences dévolues par une loi à cette collectivité. V. J. E. Schoettl, « Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse », *AJDA* 2002.100, et *infra*, sur la Corse, p. 283.
3. P.-L. Frier, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA* 2003.559.
4. V. aussi, *infra*, p. 257.
5. V. *infra,* p. 459 et p. 555.

sportives (qui sont des associations) : elles définissent notamment dans le respect des règlements internationaux les règles techniques propres à leur discipline. Les ordres professionnels [1] ont longtemps disposé aussi d'un pouvoir réglementaire important : édiction des codes de déontologie et d'autres actes généraux complémentaires. Mais aujourd'hui la plupart n'ont qu'un pouvoir de proposition ou d'avis : les codes de déontologie sont édictés par décrets en Conseil d'État.

Section 3
Les règlements et les autres normes administratives

Parmi les normes administratives, comme au sein de l'ensemble des actes normateurs de l'Administration [2], la classification la plus importante *(la summa divisio)* est celle de l'*acte unilatéral* et de l'*acte plurilatéral,* plus communément appelé *contrat* (§ 1). S'ils se rangent évidemment dans la première catégorie, les règlements ne sont pas pour autant toujours faciles à identifier. Il est plus difficile qu'il n'y paraît d'abord de les distinguer des autres actes administratifs unilatéraux (§ 2).

§ 1. La classification des actes de l'Administration

En première approximation, l'acte unilatéral et l'acte plurilatéral se distinguent d'après le *nombre de leurs auteurs*.

Les juristes écrivent fréquemment que l'acte unilatéral correspond à la manifestation de volonté d'une seule personne et que l'acte plurilatéral est le produit du concours de deux ou plusieurs manifestations de volonté. Ces deux sortes d'actes existent effectivement. Mais la portée de cette classification est certainement très faible et probablement nulle. Une telle analyse conduit, en effet, à grouper en une même catégorie des actes essentiellement différents, comme les contrats et la loi, œuvre de la majorité des deux assemblées parlementaires dans un régime bicaméral ; en revanche, elle sépare arbitrairement des actes foncièrement semblables comme un arrêté ministériel et un arrêté interministériel, le premier ayant un auteur et le second plusieurs.

Aussi certains ont-ils tenté d'améliorer la définition de l'acte unilatéral tout en restant fidèle à un *critère quantitatif.* L'acte unilatéral se caractérise bien par le fait qu'il émane d'une *volonté unique* mais, affirment-ils, celle-ci peut être soit *individuelle,* soit *collective.* Cette nuance permet de corriger certaines conséquences inadmissibles de la première formule : la loi, les délibérations d'un conseil municipal ou d'un conseil général, les arrêtés interministériels, les décisions juridictionnelles prises par une juridiction collégiale, etc. apparaissent alors comme des actes unilatéraux et ne sont plus mêlés aux contrats dans le cadre des actes plurilatéraux. Toutefois, le correctif proposé ne saurait être retenu parce qu'il est purement *artificiel.* La volonté est une donnée psychologique et, dès lors qu'un

---

1. V. *infra*, p. 325.
2. Les normes administratives ne sont qu'une partie de l'ensemble des actes normateurs de l'Administration. Au sein de cet ensemble, elles se distinguent de normes de droit privé. V. *supra*, p. 14 (sur la définition du droit administratif) et dossiers 9 et 10, sur les différents critères du contrat et de l'acte unilatéral administratifs.

acte suppose l'adhésion de deux individus au moins aux dispositions à établir et que le refus de l'un d'eux peut paralyser l'autre, il n'est pas possible de dire que l'acte est l'œuvre d'une volonté unique. L'édiction de l'acte suppose des volontés concordantes et il est donc l'œuvre commune de deux ou plusieurs volontés, même si ses auteurs sont constitués en un collège, en une assemblée, ou en plusieurs.

En conclusion, la définition classique repose sur un critère quantitatif. Ou bien elle compte les seules volontés individuelles : elle exprime alors une observation parfaitement juste, certains actes ayant un seul auteur et d'autres en ayant plusieurs, mais elle aboutit à une classification juridiquement sans intérêt. Ou bien, pour corriger cette classification, elle compte tantôt les volontés collectives, tantôt les volontés individuelles, mais elle reflète alors une interprétation idéologique sans rapport avec la réalité psychologique.

Les définitions correctes sont fondées sur un **critère qualitatif** : la position réciproque des auteurs de l'acte et de ses sujets, c'est-à-dire de ceux dont il modifie la situation juridique.

L'acte plurilatéral (le contrat), est l'acte dont le contenu règle les rapports mutuels de ses auteurs. Les normes qu'ils édictent créent entre ses auteurs, et uniquement entre eux, des obligations et des droits. Par conséquent, les auteurs du contrat en sont aussi les sujets.

L'acte unilatéral est, au contraire, l'acte qui a pour objet de régler la conduite de personnes autres que ses auteurs. En d'autres termes, les normes posées par un acte unilatéral ont valeur juridique pleine et entière *sans le consentement de leurs sujets* actifs ou passifs — actifs si l'acte leur attribue des droits, passifs si l'acte leur impose des obligations. Il peut, bien sûr, y avoir accord des sujets pour l'édiction d'un acte unilatéral mais ce n'est alors qu'un hasard (une singularité historique) ; les volontés qui se rencontrent en fait, ne règlent pas pour autant leurs intérêts respectifs quant au jeu des mécanismes juridiques qui ne reconnaissent que certaines d'entre elles ; en d'autres termes, leur convergence ne compte pas au regard du droit [1].

Il n'est pas pour autant toujours facile de distinguer les situations qui relèvent de l'unilatéralité et celles qui ressortissent du contrat. L'opposition n'est pas aussi nette qu'il paraît à première vue [2]. Tout d'abord, les contrats administratifs, bien qu'étant de véritables contrats, conduisent à s'interroger sur l'idée d'accord de volontés : les prérogatives de l'Administration, l'existence de « clauses réglementaires » qui font de certains contrats des actes qualifiés de « mixtes », tempèrent nettement le consensualisme [3]. Ensuite, nombre d'opérations administratives participent tout à la fois à la procédure contractuelle et à la procédure unilatérale, la seconde l'emportant d'ailleurs sur la première : contrats ayant (selon les termes de la jurisprudence du Conseil d'État) « un contenu entièrement défini par voie législative et réglementaire » (par exemple un contrat de recrutement d'un agent public) ; « actes unilatéraux négociés » particulièrement

---

1. V. C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1983, notamment t. 2, « Cours de 1956-1957 », p. 389 ; G. Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 205.
2. V. S. Flogaïtis, « Contrat et acte administratif unilatéral », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, p. 229.
3. V. *infra*, p. 445 et p. 540, l'exemple de la concession ; et J.-Cl. Bruère, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP* 1996.1715.

illustrés par les conventions passées entre les caisses nationales de sécurité sociale et les syndicats de praticiens [1].

§ 2. La classification des actes unilatéraux

Seuls certains des actes unilatéraux émanant des autorités administratives sont des actes *réglementaires*. Ils ont une *portée générale* et ils sont soumis à un régime juridique qui est substantiellement différent de celui des *actes non réglementaires* du point de vue de leur publicité, de leur contrôle ou de leur retrait [2]. Si cette division binaire (actes réglementaires, actes non réglementaires) est à peu près suffisante pour énoncer, en première approximation, les solutions du droit positif, une analyse plus fine conduit à distinguer trois cas.

– **L'acte réglementaire** correspond à la définition célèbre que Jean-Jacques Rousseau a donnée de ce qu'il appelle la loi dans *Le Contrat social :* « quand je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière ». En d'autres termes, le règlement est défini à la fois par ses sujets et par son objet. Du premier point de vue, il s'applique à *toute une catégorie de destinataires* déterminée par un ou plusieurs critères : les *automobilistes,* s'il s'agit de limiter la vitesse de leur véhicule ; les *parents d'élèves,* lorsque les autorités administratives prévoient les modalités de leur participation au fonctionnement des établissements scolaires ; les *commerçants,* pour la fixation des heures de fermeture de leur entreprise, etc. Du second point de vue, il autorise ou prescrit, un *type d'action ou d'abstention* et, éventuellement, ses modalités : la chasse, la pêche, la protection des monuments historiques, etc.

– **L'acte individuel** se différencie du précédent en ce sens qu'il concerne *un seul sujet* — acte individuel proprement dit — ou *plusieurs sujets nommément désignés* — actes pluri-individuels ou collectifs. Les mathématiciens diraient que l'ensemble des sujets est ou un singleton ou une pluralité de personnes (physiques ou morales) définies par extension, c'est-à-dire par une énumération (et non par compréhension ou par critère comme dans l'hypothèse d'un acte réglementaire). En tout cas, ce qui compte pour le juriste, ce n'est pas le nombre des sujets mais leur mode de détermination. Les nominations d'un ou de plusieurs fonctionnaires (formant parfois une très longue liste) sont des actes individuels (même si l'habitude est de les qualifier de collectifs, dans le second cas).

– **L'acte particulier**, pour employer une expression proche de celle que retient Jean-Jacques Rousseau, s'oppose à l'acte réglementaire par son objet et non plus par ses sujets : il vise une *action donnée ;* il s'agit d'une décision concrète qui pourrait être appelée aussi **« décision d'espèce »**. Ainsi, lorsqu'un maire interdit la projection d'un film, il n'édicte sûrement pas une mesure de portée générale et, s'il voulait, par exemple, censurer *tous* les spectacles pornographiques sans plus de précision son arrêté qui serait alors général — ou réglementaire — serait irrégulier en raison même de son caractère

---

1. Ces « accords » ont en réalité un caractère d'actes réglementaires, opposables aux tiers (il en résulte qu'ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir) : CE 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, *RFDA* 1995.645, concl. G. Le Chatelier.
2. V. *infra*, dossier 10, les actes unilatéraux.

général et absolu, selon l'expression utilisée par le juge. Dans la pratique, la catégorie des *actes particuliers,* très hétérogène, est illustrée par la déclaration d'utilité publique intervenant notamment dans le cadre d'une procédure d'expropriation : elle autorise le recours à l'expropriation pour la réalisation d'un projet, sans viser de destinataires particuliers [1], etc. Globalement, les actes particuliers peuvent être caractérisés comme étant des décisions qui appliquent à un cas d'espèce une réglementation générale existante, et sans modifier cette réglementation. Cette classification est parfois difficile à mettre en œuvre. La consultation des arrêts et jugements ou des conclusions des commissaires du gouvernement montre bien les hésitations du juge pour qualifier certains actes [2]. D'ailleurs, les solutions retenues sont loin d'être à l'abri des critiques. Elles s'inspirent de données très pragmatiques et donc fluctuantes, et, notamment, de la volonté d'étendre et de faciliter le contrôle juridictionnel [3].

---

1. CE 10 mai 1968, *Commune de Brovès*, *R.* 297.
2. V. le cas des actes de tutelle : il avait été jugé qu'ils constituent des actes non réglementaires (CE 8 janv. 1971*, Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales — Urssaf — des Alpes-Maritimes*, *R.* 11, concl. G. Vught) et ils étaient communément analysés non comme des décisions individuelles mais comme de décisions d'espèce ; jusqu'à ce que le Conseil d'État considère que « les décisions par lesquelles, en application des pouvoirs de tutelle qui lui sont reconnus..., l'autorité compétente de l'État refuse d'agréer une convention collective ou suspend la délibération d'un conseil d'administration d'une caisse de sécurité sociale constituent des décisions administratives individuelles défavorables au sens de la loi du 11 juillet 1979 » — loi relative à la motivation (CE 12 juin 2002, *AJDA* 2002.848, concl. S. Boissard).
3. M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 126, 1977 ; C. Eisenmann, *Cours de droit administratif,* LGDJ, 1983 (en particulier, p. 407-415) ; M. C. Bergères, « Les actes non réglementaires », *AJDA* 1980.3 ; I. Poirot-Mazères, « Les décisions d'espèce », *RDP* 1992.443.

Exemple de décret

(*Légifrance*, « version consolidée au 1er janvier 2006 »)

Décret n° 2005-671 du 16 juin 2005 relatif aux attributions du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre,
Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, modifiée par les lois organiques n° 71-474 du 22 juin 1971, n° 93-1252 du 22 novembre 1993 et n° 95-1292 du 16 décembre 1995 ;
Vu la loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances ;
Vu la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, modifiée par le décret-loi du 1er août 1937 et les décrets n° 55-1487 du 14 novembre 1955 et n° 2005-54 du 27 janvier 2005 ;
Vu le décret n° 53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social, modifié par l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 et les décrets n° 57-955 du 26 août 1957 et n° 78-173 du 16 février 1978 ;
Vu le décret n° 55-733 du 26 mai 1955 portant codification, en application de la loi n° 55-360 du 3 avril 1955, et aménagement des textes relatifs au contrôle économique et financier de l'État, modifié ;
Vu le décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres ;
Vu le décret du 31 mai 2005 portant nomination du Premier ministre ;
Vu le décret du 2 juin 2005 relatif à la composition du Gouvernement ;
Le Conseil d'État (section des finances) entendu ;
Le conseil des ministres entendu,

Décrète :

Article 1er. – Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie prépare et met en œuvre la politique du Gouvernement en matière économique, financière, budgétaire, fiscale, de consommation, de répression des fraudes et de réforme de l'État. Il est responsable de l'équilibre de l'ensemble des comptes publics. Il prépare et met en œuvre les politiques dans les domaines du commerce extérieur, de l'industrie, de l'énergie et des matières premières, des postes et communications électroniques. Il est associé à la définition et à la mise en œuvre des mesures de simplification des formalités incombant aux entreprises.

Au titre des responsabilités définies à l'alinéa précédent, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie est compétent pour :

– la compétitivité de l'économie française et l'attractivité du territoire ;

– la préparation et l'exécution du budget ;

– les financements, les participations, les affaires monétaires, économiques et financières nationales et, en concertation avec les ministres concernés dans le cadre des procédures prévues à cet effet, internationales ;

– la prévision économique et financière ;

– la comptabilité publique et les pensions ;

– la législation fiscale et les impôts ainsi que le domaine, le cadastre et la publicité foncière ;

– les douanes et droits indirects ;

– la concurrence, la consommation et la répression des fraudes ;

– la statistique et les études économiques ;

– le commerce extérieur ;

– la réglementation, l'analyse et le contrôle de la commande publique ;

– le contrôle économique et financier ;

– les orientations stratégiques industrielles et le suivi des secteurs industriels ;

– la sécurité industrielle ;

– la définition et la mise en œuvre de la politique de l'énergie et des matières premières ;

– la politique statutaire et sociale des organismes concourant au service public du gaz et de l'électricité ;

– l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de sûreté nucléaire, y compris le transport des matières radioactives et fissiles à usage civil, conjointement avec le ministre chargé de l'environnement ;

– la politique des postes et communications électroniques.

Il prépare les décisions relatives aux magistrats et aux personnels de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes.

Article 2. – En matière de réforme de l'État, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie prépare et met en œuvre les mesures tendant à répondre aux besoins des usagers des services publics, à améliorer l'efficacité de ces derniers, à déconcentrer les responsabilités, à

moderniser la gestion publique et à développer le dialogue social au sein des administrations. Il veille à la mise en œuvre des stratégies de réforme ministérielles et assure leur coordination.

Il fait toute proposition de nature à assurer l'adaptation des services déconcentrés des administrations de l'État au développement de la décentralisation.

Il prépare et met en œuvre les mesures de simplification des formalités administratives incombant aux usagers et coordonne l'élaboration des programmes de simplification.

Il contresigne les décrets relatifs à l'organisation des administrations centrales, des services à compétence nationale et des services déconcentrés.

Article 3. – *Modifié par décret n° 2005-1791 du 31 décembre 2005 art. 7 II (JO 1er janv. 2006).*

I. – Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a autorité sur :

– le secrétaire général du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie ;

– l'inspection générale des finances ;

– le Conseil général des mines ;

– le Conseil général des technologies de l'information ;

– la direction du personnel, de la modernisation et de l'administration ;

– la direction du budget ;

– la direction générale de la modernisation de l'État ;

– la direction générale du Trésor et de la politique économique ;

– la direction des affaires juridiques ;

– la direction générale de la comptabilité publique ;

– la direction générale des impôts ;

– la direction générale des douanes et droits indirects ;

– la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

– la direction générale de l'Institut national de la statistique et des études économiques ;

– la direction des Monnaies et médailles ;

– la direction générale des entreprises ;

– la direction générale de l'énergie et des matières premières ;

– le service de la communication ;

– le service du contrôle général économique et financier ;

– le service des pensions ;

– le service à compétence nationale « systèmes d'information budgétaire, financière et comptable de l'État « ,

ainsi que les autres services relevant de ses attributions.

II. – Il a autorité sur la direction générale de la sûreté nucléaire et de la radioprotection conjointement avec les ministres chargés de l'environnement et de la santé.

III. – Pour l'exercice de ses attributions en matière de réforme de l'État, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dispose de la direction générale de la modernisation de l'État.

Il peut faire appel au Commissariat général du Plan, au Conseil national de l'évaluation, au Comité pour l'implantation territoriale des emplois publics et au Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics.

IV. – Il dispose, en tant que de besoin, de la direction du commerce, de l'artisanat, des services et des professions libérales.

V. – Pour les questions liées aux mutations économiques, il peut disposer de la délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires.

Article 4. – Le Premier ministre et le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 16 juin 2005.

Par le Président de la République :

JACQUES CHIRAC

Le Premier ministre,

DOMINIQUE DE VILLEPIN

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie

THIERRY BRETON

POUR APPROFONDIR

LE DROIT ADMINISTRATIF ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Ce dossier est l'occasion de reprendre, au sein du droit public, le problème des rapports entre le droit administratif et le droit constitutionnel.

1. Le **droit public** est le **droit de l'État :** l'ensemble des règles juridiques relatives à son organisation, à son fonctionnement, à ses relations avec les autres unités politiques dans le cadre de la société internationale, à ses rapports avec ses ressortissants. Comme les doctrines politiques distinguent volontiers dans cet État (considéré comme l'appareil gouvernant de la collectivité nationale) des pouvoirs différents qui sont ou « séparés » ou « confondus », il aurait pu paraître logique que se développât une science juridique correspondant à de telles divisions : un droit législatif, un droit exécutif, un droit judiciaire, par exemple. Mais il n'en a rien été : **empiriquement sont apparus un droit constitutionnel,** qui concerne le législatif comme l'exécutif et n'ignore pas le judiciaire, et **un droit administratif spécial** qui fut longtemps appelé législation financière. Cet état de la pensée juridique s'explique évidemment par des raisons très contingentes et par l'inspiration utilitariste de bien des investigations : la conviction d'une opposition dans l'agencement de la puissance publique entre l'impulsion suprême et l'exécution, la première nécessairement plus politique et donc moins juridique, la seconde plus aisément soumise aux normes, à ce qui est si souvent encore appelé le *principe de légalité* ; la portée pédagogique différente des réflexions sur tel ou tel aspect du droit public, les uns participant davantage d'une sorte de philosophie ou d'eschatologie, les autres ressemblant aux propos plus techniques du droit privé ; la nécessité d'admettre une spécialisation en faveur de secteurs volontiers négligés par les généralistes, etc.

2. Toutes ces raisons ont conduit à admettre communément que la distinction du droit constitutionnel et du droit administratif repose essentiellement sur leur **différence d'objet :** *le premier régit le gouvernement au sens large de ce mot ; le second s'applique à l'Administration.*

Georges VEDEL, dans son *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (Sirey, 1949), confirmait cette analyse :

> La première idée qui nous est suggérée est donc celle d'une **différence de niveau.** De ce point de vue, on regardera comme ressortissant au droit constitutionnel les règles les plus importantes, les règles essentielles relatives à l'organisation et à l'activité de l'État... Ainsi sont évoquées l'idée d'une **fonction gouvernementale** et celle d'une **fonction administrative.** Mille exemples, mille images illustrent cette différence : gouverner, c'est tracer des orientations générales, opérer de grandes options ; administrer, c'est satisfaire quotidiennement à certains besoins collectifs que l'État a pris en charge. Mais il est bien évident que la tâche d'administration s'insère dans les cadres que lui tracent les directives gouvernementales ; que la hiérarchie met au sommet le gouvernement à qui l'Administration se trouve ainsi subordonnée. Si l'on admet avec le bon sens cette distinction des gouvernements et des agents, on pourra dire que le droit constitutionnel est constitué par l'ensemble des règles qui forment le statut juridique des gouvernants [...]. Au total, le droit public interne nous apparaît ainsi s'ordonner à partir du droit constitutionnel qui en est la branche fondamentale. Une fois déterminé par celui-ci le statut des organes supérieurs de l'État, il reste au droit administratif à envisager l'organisation et l'activité de l'État, sous l'angle de la satisfaction des besoins d'intérêt général et de la gestion des services publics, au droit public financier (plus connu sous son nom traditionnel et impropre de législation financière) à régler la manière dont l'État reçoit et dépense l'argent qui lui est nécessaire.

Reste que les deux notions ici évoquées, fonction gouvernementale et fonction administrative, ne sont guère opérationnelles et ne sauraient permettre de tracer une frontière précise entre les deux droits. Qui plus est, il faut savoir que si elles sont aujourd'hui utilisées par certains juristes c'est en un sens très particulier, pour expliquer la jurisprudence relative aux actes de gouvernement (voir *infra,* p. 617). À une classification tripartite des fonctions de l'État (législative, juridictionnelle, administrative) est alors ajoutée une fonction gouvernementale destinée à fonder l'immunité juridictionnelle d'actes des autorités exécutives.

3. Indépendamment de leur objet, il est clair que ce ne sont pas seulement **deux droits** qui s'opposent mais aussi **deux disciplines.** Voir Jacques CHEVALLIER, « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel » (dans *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993) : le droit administratif est envisagé en tant que branche du droit, comme *corps de règles* et « d'un point de vue sociologique, comme un *champ de production juridique spécialisé*, caractérisé par une certaine cohésion et disposant d'une autonomie au moins relative » (son existence est indissociable de la création d'un juge spécial et l'intervention de professionnels chargés de l'interpréter et de le diffuser a contribué à le transformer en œuvre systématique et cohérente) ; évidemment les deux sont liés : [...] « L'autonomisation d'une branche du droit n'est jamais l'expression d'une nécessité objective et d'une logique purement interne au droit : produit d'un certain état des pratiques et des représentations sociales qu'elle concourt à objectiver, en la traduisant dans le langage du droit, elle est aussi le reflet des stratégies corporatives déployées par les professionnels concernés pour asseoir leur autorité dans le champ juridique et social ; les équilibres réalisés étant par essence instables et variant en fonction de multiples paramètres, on assistera à la réévaluation incessante des découpages disciplinaires et des positions respectives occupées par les spécialistes des différentes branches du droit » (pp. 11 et 12).

Avant 1958, en droit constitutionnel, où il est question des rapports entre gouvernants, on est souvent beaucoup plus attentif aux considérations politiques qu'à la technique juridique. Deux facteurs renforcent cette tendance : d'une part, il n'y a pas de juge constitutionnel ; d'autre part, l'histoire constitutionnelle est faite de révolutions, changements de régime. Les constitutionnalistes, d'une certaine manière, sauf de brillantes exceptions, tendent à délaisser le droit pour se tourner vers la science politique. En droit administratif, on se veut et on est plus technique, tendance renforcée là aussi par deux facteurs : l'existence d'un juge prestigieux qui fait autorité ; la continuité des règles, la perception d'un droit paraissant échapper aux secousses politiques et reposant sur un cadre conceptuel stable. Par suite, pour l'essentiel, les deux disciplines s'ignorent. Georges VEDEL fait figure de pionnier lorsqu'il écrit « Les bases constitutionnelles du droit administratif » (dans *EDCE* 1954, p. 21) [1].

Depuis 1958, cela va de soi, la Constitution a pris une place qu'elle n'avait pas auparavant. Deux facteurs encore y ont contribué : l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité et l'extension du « bloc de constitutionnalité », le passage à une « définition substantielle » de la Constitution (si elle aménage toujours les rapports entre les pouvoirs publics, elle contient également — dans son préambule — des dispositions concernant la garantie des droits et libertés). Première conséquence : une partie du droit constitutionnel s'est réorganisée sur le modèle du droit administratif (voir, par exemple, Bastien FRANÇOIS, « La constitution du droit ? La doctrine constitutionnelle à la recherche d'une légitimité juridique et d'un horizon politique, dans *La doctrine juridique*, CURAPP-CHDRIP, 1993, p. 210 : il vise ceux qu'il appelle les « néo-constitutionnalistes positivistes » dont l'activité principale est le commentaire, la systématisation de la jurisprudence constitutionnelle). Seconde conséquence : les rapports entre les disciplines se sont transformés, tout

---

1. Sa mort, en 2002, a suscité de nombreux hommages qui montrent l'importance de son œuvre, notamment dans un dossier *RFDA* 2002. 207 — À propos des « bases constitutionnelles », on peut lire encore la critique de C. Eisenmann (*RDP* 1972.1345) et les réponses de Vedel (V. article E. Breen du dossier précité) ; ainsi que G. Bigot, *RFDA* 2003.218.

comme les oppositions qui traditionnellement caractérisaient, en tant que corps de règles, le droit constitutionnel et le droit administratif. Désormais, c'est plutôt le premier qui se caractérise par la continuité et qui est présenté comme largement jurisprudentiel. Au contraire, le second apparaît instable, imprévisible, confronté à la prolifération des textes et aux mutations brutales. Ce qui n'empêche pas que finalement il y a — comme on peut l'observer à propos des principes généraux du droit (*supra,* p. 149) — de plus en plus tendance à l'unification : « ce à quoi nous avons assisté, depuis une trentaine d'années, essentiellement à partir de la Constitution de 1958, c'est à la jonction de ces deux droits. L'espèce de hiatus qui paraissait les séparer s'est comblé et l'on a ainsi restitué une notion qui était chère à Charles EISENMANN, celle de « droit public » [...] » (Georges VEDEL, débat introductif au n° spécial *AJDA* du 20 juin 1995 concernant le droit administratif, p. 11).

Voir : Georges VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif, le rôle du juge », *Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 777 ; Olivier SCHRAMECK, « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif*, p. 34 ; Jacques ROBERT, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RDP* 1998.971 (avec aussi dans le même numéro, droit administratif et droit financier,... et droit social,... et droit international).

4. Dans ce nouveau contexte, l'objet même du droit administratif pourrait avoir changé. Si l'on en croit Pierre SOLER-COUTEAUX (« Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », *Liber amicorum Jean Waline,* Dalloz, 2002, p. 377), il « a été et demeure fondamentalement le **droit de l'action de l'administration** », mais, et cela serait récent, il tendrait à être tout autant un « **droit de la protection des droits des administrés** ». L'on objectera qu'en fondant l'action de l'administration le droit administratif en a toujours fixé le cadre et la limite dans l'intérêt des administrés. « Cela ne suffit pourtant pas à en faire un droit de protection des administrés, précise l'auteur, parce que la protection des droits des administrés ne saurait procéder de l'addition des limitations imposées à l'administration... » ; elle ne vise alors qu'à renforcer la légitimité des décisions de celle-ci, « il s'agit d'en corriger les dysfonctionnements et d'en sanctionner l'arbitraire pour rendre son action plus rationnelle et plus acceptable pour l'administré ». Conclusion (p. 400) : il y aurait bel et bien changement ; le droit administratif « n'est plus monolithique et entend concilier deux séries de considérations désormais égales à ses yeux, mais largement antagonistes : l'action de l'administration et les droits des administrés » — « l'insécurité vient de la crise qui en résulte, c'est-à-dire de cette situation où les principes anciens sont remis en cause alors que les nouveaux ne sont pas encore apparus ». De là, voir, par exemple, Éric SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP* 2004.207.

LES SOURCES DU DROIT, LE SYSTÈME JURIDIQUE, LA HIÉRARCHIE DES NORMES

L'énumération de sources qui sont autant de catégories de normes et apparaissent hiérarchisées au sein d'un système ou ordre juridique dans lequel seul le droit est source de droit renvoie également aux questions habituellement discutées dans les ouvrages de **théorie du droit.** Qu'est-ce qu'une norme ? une hiérarchie ? un ordre juridique ? Il faut lire, ne serait-ce que pour le discuter, Hans KELSEN (*Théorie pure du droit*, LGDJ, *La pensée juridique,* 1999, traduction Charles EISENMANN de la 2e édition), notamment n° 35, f :

> « L'ordre juridique est un système de normes générales et de normes individuelles qui sont unies les unes aux autres par le fait que la création de chacune des normes qui appartient à ce système est réglée par une autre norme du système, et, en dernière analyse, par sa norme fondamentale. Une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre. Cette régression conduit finalement à la norme fondamentale, qui n'est plus posée conformément aux dispositions d'une autre norme, et qui doit par suite être supposée. »

Sans même parler de cette norme fondamentale supposée, force est de s'interroger sur le terme de « système ». Et d'abord, demande Michel TROPER, « quels avantages

théoriques peut-on obtenir en considérant le droit interne comme un système ? » (*Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, *Léviathan,* 1994, p. 162) :

> « L'utilité de considérer le droit comme un système est double. L'un de ses avantages est bien connu ; l'autre moins.
>
> Le premier est de permettre la définition, c'est-à-dire l'identification, des normes juridiques. Norberto Bobbio a parfaitement souligné que, pendant très longtemps, les juristes n'ont traité que des lois, des règles ou des normes et ne se sont guère préoccupés de l'ordre juridique, sauf pour en parler comme d'un ensemble de normes juridiques. C'est à travers la théorie de l'institution (en Italie, chez Santi Romano), puis dans l'œuvre de Kelsen qu'apparaît l'idée que « le droit est non une collection de normes, mais un ensemble coordonné de normes, qu'une norme ne se trouve jamais seule, mais liée à d'autres normes, avec lesquelles elle forme un système normatif ».
>
> Le second avantage de considérer le droit comme un système, est moins apparent, et on s'y attachera donc spécialement. Il réside dans un traitement plus facile du vieux problème de la relation de l'État et du droit. La doctrine juridique et politique traditionnelle conçoit l'État et le droit comme deux êtres distincts, dont elle examine les rapports. Elle recherche notamment si l'État est soumis au droit, donc nécessairement limité, ou si, au contraire, il est seul créateur du droit, donc tout puissant et potentiellement totalitaire. Pour Hans Kelsen, au contraire, « État » et « ordre juridique » sont deux termes qui dénotent un seul et même concept. Si cette thèse est correcte, toute définition de l'ordre juridique est en même temps une définition de l'État, comme forme politique distincte de toutes les autres. »

Sur ces questions, outre Michel TROPER, voir, par exemple, de Norberto BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, *La pensée juridique,* 1998 ; ou encore Denys DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État,* Economica, Droit public positif, 1996 et *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éd. Odile Jacob, 1997 ; ainsi que la revue *Droits,* n° 33 (2001), n° 35 (2002),« Ordre juridique ?/1/2 » ; et les ouvrages de droit constitutionnel centrés sur l'étude de la « constitution comme norme » : Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, André ROUX, Otto PPFERSMANN, Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz, 9e éd., 2006 ; Élizabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, Droit fondamental, 2e éd., 1999.

Faut-il, au vu de ces ouvrages, conclure que « le normativisme est une scolastique » ? Et que loin de nous en éloigner, il nous ramène à celle des Anciens. Éric DESMONS l'affirme (*Droits*, n° 32, 2000, p. 21). Dans le cadre du droit administratif proprement dit, autre intéressant point de vue critique de Bertrand FAURE : « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA* 1998.547. De même (notamment pour une réflexion sur la portée de la jurisprudence *Nicolo*) d'Olivier CAYLA : « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat,* 1998, n° 100, p. 108 ; « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *Les Cahiers du Constitutionnel,* 1999, n° 7, p. 77. Plus récemment, Marie Claire PONTHOREAU (« Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006.20), avant d'ajouter que ce point de vue est loin d'être partagé par tous les juristes, cite des auteurs pour lesquels « l'articulation des normes ne doit plus être pensée en des termes hiérarchiques » et qui « rejettent le modèle traditionnel de Kelsen au profit d'un espace normatif hétérogène centré autour des juges : un ordre juridique pluraliste, coopératif organisé en réseau ».

Le Conseil constitutionnel n'est pas sans avoir contribué à renouveler la discussion en considérant (dans sa décision du 19 novembre 2004 relative au traité établissant une constitution pour l'Europe) qu'avec l'article 88-1 de la Constitution a été consacré « un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ». Qu'est-ce que cela veut dire exactement ?

Par-delà les analyses des uns et des autres une question première : « Toutes les sociétés ont affaire à la question des questions : **pourquoi des lois ?** La spécificité de cette

question est d'être une mise vitale, une nécessité. Quelle nécessité ? Celle d'échafauder les raisons au nom desquelles il y a des lois, ce que nous appelons, nous les Occidentaux, le droit » (Pierre LEGENDRE, « Ce que nous appelons le droit », *Le Débat*, n° 74, mars-avril 1993, p. 107). **Psychanalyse** et **anthropologie juridique** peuvent ici retenir utilement l'attention. En atteste Alain SUPIOT : *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, éd. du Seuil, 2005.

LES BOULEVERSEMENTS DU « BLOC DE LA LÉGALITÉ »

Pour mesurer le chemin parcouru, outre Raymond CARRÉ DE MALBERG (v. dossier 1, p. 6), on peut lire encore Léon DUGUIT, *Les Transformations du droit public,* Armand Colin, 1913, p. 73 (ouvrage réimprimé en 1999, Éd. La Mémoire du Droit).

DUGUIT, tout en croyant saisir, vers 1910, les prémisses d'une évolution n'en rappelle pas moins la doctrine dominante. « Dans le système de droit public fondé sur la notion de souveraineté, tout le monde s'accordait à reconnaître que la loi était la manifestation par excellence de la souveraineté. » ROUSSEAU le dit à plusieurs reprises. La loi est par définition l'expression de la volonté générale se manifestant sur un objet d'ordre général ; et c'est parce qu'elle réunit « l'universalité de la volonté à celle de l'objet » qu'elle a puissance commandante sans limite, qu'elle ne peut jamais être injuste et que tous lui doivent une obéissance sans condition et sans réserve. Sur cette idée, dit ROUSSEAU, « on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale, ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'État, ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui-même, ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés ». De là est né ce qu'on a très justement appelé parfois le **fétichisme de la loi,** conclut DUGUIT.

Cette soumission sans réserve à l'acte législatif régnait encore dans les conceptions juridiques des républiques nées des lois de 1875 ou de la Constitution de 1946. Elle est sans doute toujours parfois plus ou moins célébrée dans les exposés didactiques. Pourtant le « bloc de la légalité » a subi de véritables bouleversements et si les épiphénomènes du séisme sont éclatants, ils révèlent aussi des **transformations qui touchent à la conception même du droit et de son rôle**.

Le pouvoir réglementaire a vu sa place confirmée et cette consécration s'est accompagnée de la « promotion » de normes qu'il doit, tout comme la loi, respecter : promotion de la Constitution, mais aussi, progressivement, extension de la part faite au droit international et en particulier au droit européen. D'où les questions posées tout au long de ce dossier : qu'en est-il exactement de la place de ces normes (règlement, Constitution, droit international) ? De là, qu'en est-il aujourd'hui de la loi ? qu'en est-il aussi, par voie de conséquence (voir dossier 2) de la place de la jurisprudence ?

En conclusion (et prolongeant les interrogations de la fin du dossier 2), on peut se poser cette question : **la France est-elle encore un « pays de droit écrit » ?**

Raphaël ALIBERT (*Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926, p. 11) écrivait : « Les institutions juridiques des principaux pays se rattachent à deux grandes conceptions du droit : la conception franco-allemande, issue du droit romain et des traditions de *l'imperium*, et la conception libérale anglo-saxonne. » Il ajoutait que l'opposition est absolue entre les pays de *common law* et les pays de droit écrit. De ceux-ci, la France était le type.

Qu'en est-il désormais ? Telle que posée traditionnellement, la question même a-t-elle encore un sens ? Dans son étude sur *L'influence internationale du droit français* (La Documentation française, 2001), le Conseil d'État montre que « la représentation du droit français comme un rameau du droit romano-germanique auquel s'opposerait le droit anglo-saxon comporte... une part d'arbitraire » (p. 15). « Les frontières, ajoute-t-il, sont désormais brouillées » : côté *common law*, « la place croissante du droit écrit affecte l'image d'un système essentiellement juridictionnel et jurisprudentiel » ; côté France, le système juridique « comporte des pans entiers de droit jurisprudentiel dont ni les Anglais, ni les américains ne renieraient le mode d'élaboration ».

Restent malgré tout des « oppositions qui perdurent » (p. 28). Il y a, si l'on peut dire, jurisprudence et jurisprudence, droit écrit et droit écrit. De part et d'autre, en effet, les raisonnements et méthodes d'élaboration du droit demeurent sensiblement différents. Il en résulte que les mots n'ont pas exactement le même sens : « là où (parlant de jurisprudence) nous entendons règle jurisprudentielle, les juristes de *common law* entendent précédents reliés entre eux par des faits ». S'ensuit une conception spécifique du droit écrit : « en droit anglais, un texte de loi a pour fonction d'apporter des compléments ou des corrections à la *common law* et non d'énoncer des principes ou d'exprimer un système juridique ».

Et il semble bel et bien y avoir, à l'échelle de la société internationale, un **« marché du droit »** où la concurrence est vive, avec de possibles abus de position dominante et des appels à plus de régulation mais aussi la préoccupation pour chacun de rester compétitif. Alors que le Conseil d'État s'est efforcé dans cette perspective de dégager, pour la France, certains « éléments d'une stratégie d'influence juridique », beaucoup s'interrogent sur ce qu'il en est aujourd'hui de l'influence du droit français, notamment dans le cadre communautaire (*supra*, p. 119, note 4). Difficile de ne pas penser qu'en terme d'efficacité la *common law* ne peut que l'emporter haut la main (voir aussi l'article précité de Marie Claire PONTHOREAU, *AJDA* 2006.20). Pas si sûr, rétorque Jean-Marie PONTIER ! « En ce qui concerne le droit administratif proprement dit, les Français peuvent se présenter avec de bons arguments à l'appui... Il ne faut pas hésiter à chercher à (le) « vendre »...Cela implique la continuité de l'effort, une présence dans la durée, également l'écoute de ces droits qui peuvent, eux aussi, nous apporter des enseignements » (*AJDA* 2006.1353, Tribune « droits en concurrence »).

L'INFLATION NORMATIVE

En 1991, le Conseil d'État consacrait son rapport public à « la sécurité juridique » (*EDCE* n° 43, La Documentation française, 1992). Il analysait le phénomène de l'inflation normative en dégageant trois évolutions inquiétantes, source d'une insécurité juridique : la *prolifération des textes*, l'*instabilité des règles*, et la *dégradation de la norme*. Force est aujourd'hui de constater que la situation s'est plutôt aggravée. Le Conseil d'État y consacre de nouveau son rapport, sous le titre ***Sécurité juridique et complexité du droit*** (rapport public 2006, *EDCE* n° 57, La Documentation française, 2006) ; reconnaissant que ses préoccupations exprimées quinze ans plus tôt « n'ont eu que peu d'effets, à l'exception de progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données telles que *Légifrance* ou *service public* » (p. 230). Loin de se réduire, le « rythme normatif » s'accélère, « sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens » (*ibid.*) : tous, semble-t-il, attendent « un peu de liquide de refroidissement dans un moteur en surchauffe » (Josseline de CLAUSADE, rapporteur général de la Section du rapport et des études du Conseil d'État, *AJDA* 2006.572, « Questions à... » ; également, *JCP A* 2006.1069, « entretien avec... »). Beaucoup sûrement déplorent un manque de volonté politique.

Entre-temps, à partir de la fin des années 1990, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a dégagé les éléments d'un contrôle plus rigoureux de la loi et, par là même, précisé ce que l'on est en droit d'attendre de celle-ci. Sa décision du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école en donne l'économie générale (*supra*, p. 131). Le **principe de clarté de la loi** est déduit de l'article 34 de la Constitution ; et c'est la Déclaration de 1789 (art. 4,5, 6 et 16) qui fonde l'**objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi**. Répond à cet objectif, la *loi du 16 décembre 1999 habilitant le gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* (CC 16 déc. 1999, *JO* 22 déc. 1999). De même, *la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit* : le recours à l'article 38 de la Constitution se justifie dès lors que « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification » (CC 26 juin 2003, *JO* 3 juill. 2003) – Cela semble tellement vrai qu'est encore intervenue la *loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit* et qu'en juillet 2006 a été présenté un nouveau *projet de loi de*

simplification du droit... Tout ce qui, en quelque sorte, indépendamment de la terminologie utilisée, semble avoir contribué, ces dernières années, à aggraver le « désordre normatif » (et qui, en tout cas, alimente les commentaires doctrinaux sur ce thème : voir dossier *RDP* 2006.43).

Autant dire que la portée du contrôle du Conseil constitutionnel, si elle n'est pas nulle et peut conduire à quelques censures de la loi, apparaît là malgré tout très limitée. On peut d'ailleurs se demander ce que recouvrent exactement le principe et l'objectif mis en avant : Laure MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006.637. Et surtout, reste la question que pose le Conseil d'État (Rapport public 2006) : « quelles solutions ? »

a) La **codification**, dans laquelle beaucoup d'espoirs sont placés, est fort ancienne À l'époque contemporaine elle a débuté, en 1948, avec la création d'une Commission, puis a été fortement relancée en 1989. Une nouvelle « Commission supérieure de codification » a été instituée, dont la mission est, selon les décrets du 12 septembre 1989, « d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit ». Cette codification a pour objectif, non pas de faire de grands codes comparables aux codes napoléoniens, mais de rassembler et mettre en ordre les textes *existants* en procédant matière par matière. Le but est d'améliorer l'accès au droit (en le rendant plus cohérent, plus lisible et donc plus compréhensible). Voir : Guy BRAIBANT, « Codifier : pourquoi ? comment ? », *RFAP* n° 73, 1995.127 ; Yves ROBINEAU, « Droit administratif et codification », *AJDA* du 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif*, p. 110 ; Stéphane GUY, « Codifications et consolidations législatives à l'étranger », *RDP* 1998.861 ; dossier spécial *AJDA* 1997.639 ; et, d'une manière plus générale, *Droits*, 1998, n° 26 et n° 27. Voir aussi les rapports annuels de la Commission supérieure de codification, publiés par les journaux officiels.

– Chaque code comporte une partie législative et une partie réglementaire, l'intervention du Parlement étant nécessaire pour l'adoption de la partie législative. Là réside une difficulté : en raison des blocages dans la procédure législative, des codes restent en souffrance trop longtemps (inconvénient d'autant plus grand que l'instabilité des règles a pour effet assez souvent une modification d'un code à peine effectué). C'est pour remédier à ces retards qu'il a été décidé, en 1999, de recourir aux ordonnances : voir, sur cette *codification par ordonnances*, Guy BRAIBANT, *RFDA* 2000.493 ; Jean-Éric SCHOETTL, *AJDA* 2000.31 ; voir aussi O. MOYSAN, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi. Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative », *AJDA* 2001.428. Il n'empêche qu'en dépit de l'accélération offerte par l'utilisation des ordonnances, celles-ci doivent être ratifiées par le Parlement, ce qui s'effectue encore avec retard...

– Le principe qui gouverne la codification est qu'elle s'opère *« à droit constant »* : la remise en ordre des textes ne s'accompagne pas d'une modification du fond du droit. Toutefois, cela comporte des nuances. Le conseil constitutionnel les avaient indiquées dans sa décision de 1999, et la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations avait ainsi précisé : « ... à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ». Ces « adaptations » compliquent sensiblement la notion de droit constant, néanmoins le principe reste que la codification simplifie le droit sans le réformer. De la sorte, le recours aux ordonnances pour adopter des codes est différent du recours aux ordonnances pour réaliser des réformes. Or, pour simplifier le fond du droit, il faut le modifier. Et c'est ici que l'utilisation des ordonnances prend un relief particulier et innovant avec la loi de 2003. Celle-ci autorise l'adoption de plusieurs codes à droit constant mais aussi de certains *à droit non constant* (en prévoyant de modifier et compléter des dispositions). Cela change profondément la nature de la codification. Intégrant les réformes nécessaires, elle s'opère par des ordonnances qui deviennent « l'instrument privilégié » de la simplification du droit, ce qui remet en cause le rôle obligatoire de la Commission supérieure de codification : voir Pascale GONOD, « La simplification du droit par ordonnances », *AJDA* 2003.1652 ; et la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 (*JO* 3 juill. 2003) ainsi que son analyse par Jean-Éric SCHOETTL, *AJDA* 2003.1391. Cette simplification du droit par ordonnances, incluant une codification à droit non constant, est encore prévue par la nouvelle loi de

simplification du droit du 9 décembre 2004. La démarche à son utilité – en atteste le code général de la propriété des personnes publiques (*infra*, dossier sur les biens, p. 391) mais elle appelle plusieurs remarques. D'une part, le Parlement est écarté du débat, sous réserve évidemment de son intervention pour la ratification des ordonnances. D'autre part, un paradoxe apparaît dans la mesure où la simplification se fait au prix d'une considérable inflation des ordonnances et d'une nouvelle instabilité de la norme. Voir encore : Dossier *AJDA* 2004. 1849, « Les perspectives de la codification » ; Pascal MBONGO, « De l'« inflation législative » comme discours doctrinal », *D.* 2005.1300.

– La codification a droit constant n'est pas pour autant abandonnée et peut toujours elle aussi susciter bien des questions. Par exemple, lorsque la loi du 9 décembre 2004 autorise le gouvernement à procéder à l'adoption par ordonnance et à droit constant de la partie législative de divers codes, dont un *code de l'administration* (dans un délai de 18 mois et donc avant l'été 2006...). L'intitulé peut laisser perplexe. Ne va-t-on pas enfin codifier ce droit administratif réputé jurisprudentiel et, à ce titre, toujours opposé au droit civil ? Là n'est pas l'ambition. Il ne s'agit que de regrouper les dispositions générales sur les procédures et les structures administratives. Ce qui devrait en faire « un quasi-guide des droits et des démarches dans lequel l'usager des services publics pourrait trouver les règles régissant ses relations avec les administrations et toutes les informations utiles sur leur organisation » (Rémy SCHWARTZ, « Le code de l'administration », *AJDA* 2004.1860). Le conditionnel reste de mise et le projet, en dépit du délai fixé par la loi, ne paraît pas près d'aboutir, ce qui conduit à se demander pourquoi ce qui semble si simple se révèle si difficile à réaliser. Voir Pascale GONOD, « La codification de la procédure administrative », *AJDA* 2006.489, qui s'interroge sur de « probables résistances » : « En d'autres termes, la codification apparaîtrait comme une menace à la place, jusqu'ici accordée, du fait des conditions historiques, à la jurisprudence dans la formation du droit administratif français... la question de l'étendue des pouvoirs du juge est à l'œuvre ».

b) Il n'y aura de droit plus « clair », plus « accessible et intelligible » qu'au prix d'une **maîtrise plus rigoureuse de la production des normes**. Tel a été l'objet, depuis les années 1990, de multiples circulaires, notamment en 2003 : circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la réglementation, et circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation qui complète la précédente (*JO* 29 août et 2 oct. 2003). Ne doivent pas être négligés, dans cet ensemble, les textes à usage de rédacteur de textes. Ainsi, par exemple, remplaçant une circulaire du 30 janvier 1997, le guide élaboré par des membres du Conseil d'État et du secrétariat général du gouvernement : *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La Documentation française, 2005 ; extrait, *infra*, p. 500 – Même s'il s'agit de textes très particuliers, on y trouve à l'occasion de précieux conseils ; tout ce qui peut aider à faire aussi, par ailleurs, une bonne copie d'examen ou de concours !).

Ces circulaires, constate néanmoins le Conseil d'État (Rapport public 2006), bien qu'excellentes sur les principes ont donné peu de résultats. « Il paraît donc difficile (résume son rapporteur, Josseline de CLAUSADE, *AJDA* 2006.573) de faire respecter les procédures que tout le monde juge indispensable sans un texte contraignant ». Une nouvelle loi donc, pour lutter contre l'inflation normative :

> En France, précise le même rapporteur, ce ne pourrait être qu'un texte du niveau de la loi organique, d'une part, parce qu'il doit s'imposer aux projets de loi ordinaires et, d'autre part, parce que l'une des idées est que l'évaluation préalable du projet doit être déposée au Parlement, en même temps que le texte. Au Royaume-Uni, par exemple, la Chambre des lords a décidé que cette évaluation serait examinée par les commissions compétentes.
>
> [...] Il appartient au gouvernement de le définir (ce texte), mais il peut être assez court. Il pourrait comporter l'obligation d'annexer au projet de loi l'étude d'options ou l'étude d'impact. Il pourrait également comporter quelques ajustements proposés sur les modalités d'exercice du droit d'amendement, du suivi de l'application des lois et sur la création d'une procédure d'examen simplifiée sur le modèle des *« leggine »* italiennes. Ces propositions sont inspirées des rapports parlementaires.

Dossier 4

L’Administration d’État

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. Les administrations centrales

Chapitre 2. La déconcentration

Chapitre 3. Les services déconcentrés

L'étude de l'*organisation administrative* ou des *structures administratives* [1] est l'objet de trois dossiers : l'**Administration d'État** (dossier 4), les **collectivités territoriales décentralisées** (dossier 5) et les **institutions spécialisées** (dossier 6).

Cette organisation *s'explique par certains facteurs*. Le **contexte politique,** tout d'abord, joue un rôle décisif, qu'il s'agisse d'inquiétudes (les Jacobins craignent la dislocation de l'État et s'emploient à centraliser), de souvenirs (les crises de régime ont fait naître un régionalisme contagieux), d'exigences (celles de la démocratie qui imposent l'apparition et le développement de contrôles pour lutter contre l'arbitraire), etc. [2]. Ensuite, le **poids de l'histoire** est d'autant plus considérable que les structures administratives se caractérisent par leur résistance au changement : les communes, par exemple, sont un legs de l'Ancien Régime et, même s'il faut nuancer, le préfet peut apparaître comme une une sorte de résurrection de l'intendant mis en place par les monarques centralisateurs [3]. L'**économie** joue aussi un rôle essentiel [4] : l'accroissement des interventions de la puissance publique entraîne une diversification des personnes morales ; aux collectivités traditionnelles se joignent des établissements publics à caractère industriel ou commercial, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte... Enfin la **volonté de rationalité,** si elle ne se traduit pas forcément dans les faits, s'exprime notamment dans la réforme

---

1. Structure : disposition des parties qui forment un tout, par opposition à leurs fonctions (A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 5e éd., « Quadrige », 1999).
2. Le système administratif n'est qu'un sous-système du système politique : V. J. Chevallier et D. Lochak, *Science administrative*, LGDJ, 1978, t. II, p. 467 (nos 494 et ss.).
3. Sur le déterminisme historique, v. en dehors des recherches scientifiques, le brillant « Discours de l'histoire » prononcé à la distribution solennelle des prix du lycée Janson de Sailly le 13 juillet 1932, P. Valery, *Œuvres*, Gallimard, « La Pléiade », 1959 (t. I, p. 1128).
4. Pour le marxisme, ce rôle de l'économie est décisif : outre Marx lui-même, relire la présentation de cette doctrine notamment dans les ouvrages consacrés à l'histoire des idées politiques. V. aussi la réédition de P. Lafargue, *Le déterminisme économique de Karl Marx* (1re éd., 1909), L'Harmattan, « Économie et Innovation », série Krisis, 1997. Et sur l'actualité du marxisme : par exemple, *Dictionnaire. Marx contemporain* (dir. J. Bidet et E. Kouvelakis), PUF, « Actuel Marx confrontation », 2001.

administrative [1], la définition des organigrammes ministériels, le dessin des cartes administratives [2] ; ce que l'on appelle communément la « modernisation administrative ».

Sous l'influence de ces *déterminants*, une *division du travail* s'établit entre les divers organes de l'Administration. Chacun d'entre eux, d'une part, est situé dans la hiérarchie, à un certain **niveau d'attributions,** national, départemental, régional... et, d'autre part, intervient dans un **secteur d'attributions** donné : la police, l'aménagement du territoire, l'enseignement, etc. *Deux variables* se croisent ainsi dans l'appareil administratif : la *variable verticale* correspond à l'opposition entre les organes centraux (ou nationaux) et les autres ; la *variable horizontale* permet de cerner, à chaque échelon, la spécialisation plus ou moins grande des services ou leur polyvalence plus ou moins large [3].

Les concepts fondamentaux qui facilitent l'exploration de l'univers administratif sont donc ceux de personne morale, d'organe, d'autorité administrative, de centralisation, de déconcentration et décentralisation, de division du travail, de fonction et, surtout, d'**espace**. Pour l'administration, le **territoire** est une donnée fondamentale [4]. Il est un *enjeu* dans la politique d'aménagement du territoire qui en recherche l'exploitation optimale et, selon le vocabulaire du temps, s'efforce de le rendre attractif [5] ; il est un *cadre* (c'est-à-dire un milieu ou un environnement) avec toutes ses singularités qui influent sur la vie politique ou sur le travail administratif (facilité des communications, types d'habitat, régimes climatiques, etc.) ; il est aussi un *théâtre*, c'est-à-dire le champ stylisé d'une action. À cet égard, il peut constituer un *espace homogène* (opposition entre les régions développées et les régions retardées pour l'amélioration du niveau de vie), un *espace polarisé* (par une ville dans des actions d'industrialisation par exemple), un *espace-plan*, c'est-à-dire un cadre d'une opération volontariste (la région pour l'accueil des équipements collectifs, un littoral pour la promotion du tourisme, un parc pour la protection de la nature...) [6].

---

1. J. Chevallier et D. Lochak, *op. cit.*, p. 234 (n°s 816 et ss.) ; et, *supra*, dossier 1.
2. G. Dupuis et autres, *Organigrammes des institutions françaises*, Armand Colin, coll. « U », 1971. Pour ce qui est des structures actuelles, il n'est que de feuilleter le *Bottin administratif* (Lexis Nexis) et le *Répertoire de l'Administration française* (La Documentation française) dans l'édition de l'année ou encore de consulter les sites internet des ministères.
3. V., *infra*, document p. 223.
4. R. Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, 3e éd. (notamment p. 188) ; A. Frémont, *Aimez-vous la géographie ?*, Flammarion, 2005.
5. V., par exemple, *Pouvoirs locaux*, n° 61, II/2004, Dossier « Des territoires plus attractifs ». Et noter que l'on en parle alors au pluriel : un décret du 12 octobre 2005 a transformé le Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire (CIADT) en Comité interministériel d'aménagement et de *compétitivité des territoires* (CIACT) ; alors qu'un autre décret du 31 décembre 2005 a substitué à la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) une Délégation interministérielle à l'aménagement et à la *compétitivité des territoires* (DIACT).
6. La trilogie espace homogène, espace polarisé, espace-plan avait été détaillée par J. Boudeville (*Les espaces économiques*, PUF, « Que sais-je ? »). Qu'elle reste essentielle n'empêche pas aujourd'hui des interrogations contrastées sur l'évolution de la « territorialisation de l'action publique ». Y. Madiot a observé des changements qui « nous mettent sans doute sur la voie d'une territorialisation de notre droit » (« Vers une « territorialisation » du droit », *RFDA* 1995.946). Si l'on en croit J.-M. Pontier, au contraire, « la réalité est celle [...] d'une tendance à la déterritorialisation » (« Territorialisation et déterritorialisation de l'action publique », *AJDA* 1997.723).
Ce qu'il en est exactement reste d'autant plus difficile à saisir que l'écart sans doute est grand entre la réalité des transformations de la géographie (sociale, économique) et ce que chacun en perçoit. V. L. Davezies et P. Veltz, « Territoires : nouvelles mobilités, nouvelles inégalités », *Le Monde* 21 mars, p. 24 et 25.

Des problèmes analogues se posent dans toutes les parties de l'Administration, aussi bien dans les *institutions spécialisées* que dans les *collectivités décentralisées,* et, d'abord, dans l'**Administration d'État**.

Cet État est, à la fois, une collectivité et un appareil gouvernant [1]. En son sein, les administrations civiles, « placées sous l'autorité du Premier ministre et de chacun des ministres [...] se composent, d'une part, d'administrations centrales et de services à compétence nationale, d'autre part, de services déconcentrés » [2].

Même si la plupart sont de fait situées dans la capitale, les *administrations centrales* sont centrales non par leur implantation géographique mais par leur champ de compétence (Chapitre 1). La politique de *déconcentration* récemment renforcée, tend à redéfinir en les réduisant leurs missions (Chapitre 2). En conséquence, doivent se développer les pouvoirs des *services déconcentrés*, c'est-à-dire des organes qui représentent les administrations centrales en différents points du territoire, et dont les attributions sont limitées à une circonscription donnée (Chapitre 3).

De création récente, les *services à compétence nationale* traduisent quant à eux l'existence de cas de figure n'entrant pas tout à fait dans les schémas traditionnels. Comme leur nom l'indique, ils ont des missions qui, contrairement à celles des services déconcentrés, présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial. En même temps, ils présentent par rapport aux services centraux une double particularité. D'abord, leurs missions sont « à caractère opérationnel » [3]. Ensuite, bien qu'ils n'aient pas de personnalité juridique distincte de celle de l'État et restent placés sous l'autorité d'un ministre, ils bénéficient d'une certaine autonomie. Tel serait le cas d'une centaine de services regroupant plusieurs milliers d'agents — par exemple, les Archives nationales et le service central d'état civil [4].

---

1. La théorie générale de l'État relève du droit international (V. les manuels et traités) ainsi que du droit constitutionnel. On trouvera encore d'utiles références et une réflexion très dense dans G. Burdeau, *Traité de science politique*, LGDJ, 1967 (2e éd.), notamment dans le t. II (*L'État*).

2. Décret du 9 mai 1997 modifiant la loi d'orientation du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et le décret du 1er juillet 1992 portant charte de la déconcentration (*JO* 10 mai 1997) — antérieurement, l'expression était « services extérieurs ». L'article 2 de la loi de 1992 indiquait seulement que les administrations en question « se composent d'administrations centrales et de services déconcentrés ». Il ignorait les services à compétence nationale. Saisi dans les conditions prévues à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel a décidé que les dispositions de cet article 2 ont un caractère réglementaire, ce qui a permis leur modification par décret : elles « ont trait à la composition et à la répartition des attributions des administrations civiles de l'État, lesquelles relèvent de la compétence du pouvoir exécutif en vertu de l'article 20 de la Constitution » (CC décision du 20 janvier 1997) (*JO* 26 janv.).

3. Décret du 9 mai 1997 relatif à la création et à l'organisation des services à compétence nationale (*JO* 10 mai 1997) : ils « peuvent se voir confier des fonctions de gestion, d'études techniques ou de formation, des activités de production de biens ou de prestation de services, ainsi que toute autre mission à caractère opérationnel ». Et, J. Ferstenbert (qui alors étudiait le projet de création), « Une troisième catégorie de services de l'État ? », *AJDA* 1997.315.

4. De même, parmi les services créés ces dernières années pour répondre à des objectifs de modernisation du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie : l'Agence France Trésor, l'Agence des participations de l'État, l'Agence centrale des achats.

Chapitre 1

Les administrations centrales

Préfaçant *L'Administration centrale de la France* [1], Georges Vedel écrivait : « II existe encore dans la littérature juridique, politique, administrative, des terres peu explorées. C'est à l'une d'elles que nous fait aborder le livre de M. Francis de Baecque [...] » Il n'est pas facile de comprendre pourquoi les services centraux ont longtemps été moins étudiés que les collectivités locales ou que la fonction publique. Bien entendu, les hasards des spécialisations universitaires ont joué : l'Administration centrale a la malchance d'être à la frontière du droit constitutionnel et du droit administratif et elle fut, de ce fait, négligée par ces deux disciplines. D'autre part, elle forme un univers qui demeure peu compréhensible à ceux qui n'y vivent pas : l'observateur n'atteint pas à une bonne connaissance de ce monde s'il n'y pénètre pas et s'il n'acquiert pas une véritable expérience de ses mœurs. Enfin, si le **secret** administratif gêne toutes les recherches, il est particulièrement pesant en ce domaine.

On peut s'interroger sur ce qu'il en est aujourd'hui des difficultés tenant à l'opacité des administrations centrales. En tout état de cause, elles ne doivent pas conduire à les ignorer, d'autant que le mouvement de contestation d'un État « en crise » et d'une Administration taxée d'inefficacité a entraîné la multiplication des études sur la réforme de l'État, et notamment de l'organisation et des missions des administrations centrales [2]. Leur importance est grande en raison de la centralisation qui a longtemps caractérisé le système français : bien des décisions importantes sont prises par les fonctionnaires qui y travaillent. Ces structures sont une formidable machine à préparer les textes normatifs, aussi bien législatifs qu'administratifs (lois et décrets, arrêtés, circulaires, instructions, directives de toutes sortes...). Et c'est précisément l'importance du rôle des administrations centrales qui peut rendre leurs dysfonctionnements très préjudiciables à la société : l'affaire du sang contaminé (dans les années 1980) en atteste, montrant les conséquences tragiques que peuvent avoir les failles de l'appareil d'État.

Les organes centraux sont essentiellement constitués par les **ministères** (Section 1). À ceux-ci s'ajoutent, notamment, pour les coordonner au sommet, la **présidence de la République** ainsi que les **services du Premier ministre** (Section 2). D'autre part, des institutions diverses interviennent pour conseiller le gouvernement et l'Administration : ce

---

1. F. de Baecque, *L'Administration centrale de la France,* Armand Colin, coll. « U », 1973.
2. *Supra*, dossier 1 ; par exemple, *rapport Pébereau* cité p. 16 *Adde :* P. Sadran, *Le Système administratif français,* Montchrestien, coll. « Clefs », 2e éd., 1998 ; ENA, Promotion R. Char, *Le travail gouvernemental*, 2 vol., La Documentation française, 1996.

sont les **organismes consultatifs** dont le plus prestigieux est le *Conseil d'État* (Section 3). Enfin, de nouvelles institutions ont été créées depuis une trentaine d'années : les **autorités administratives indépendantes** (Section 4).

Section 1
Les ministères

Le **nombre** des ministères (§ 1) s'est fortement accru à l'époque actuelle. Entre eux s'est créée une **hiérarchie de fait** avec, notamment, le rôle prépondérant assumé par l'administration de l'économie, des finances et de l'industrie (§ 2). Leur **structure,** établie sur un modèle traditionnel, subit de fréquentes retouches (§ 3).

§ 1. Le nombre des ministères

Alors que dans d'autres systèmes juridiques, les compétences des divers départements ministériels sont fixées par la Constitution ou par la loi, en France, leur nombre dépend de la volonté du président de la République et du Premier ministre (article 8, al. 2, de la Constitution). Les attributions des ministres sont fixées par décrets délibérés en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État ; celles des secrétaires d'État et des ministres délégués sont déterminées par décrets du président de la République sans délibération du Conseil des ministres [1].

L'évolution générale est dominée par une *nette augmentation du nombre* des ministères [2] et la conjoncture actuelle est caractérisée par une *grande incohérence.* Certaines modifications s'expliquent par la volonté de mieux organiser l'action gouvernementale mais la plupart d'entre elles résultent des exigences de dosages politiques ou de simples velléités.

Certains départements ministériels, outre ceux de la Justice et de la Défense, ont une relative stabilité en dépit de quelques variantes. Par exemple l'Éducation nationale, l'Enseignement supérieur et la Recherche sont parfois confiés dans leur totalité à un seul ministre mais peuvent aussi connaître des distinctions : notamment l'Enseignement supérieur et la Recherche peuvent relever d'un secrétaire d'État auprès du ministre, ou même d'un autre ministre, à moins qu'ils ne constituent eux-mêmes un ministère.

Divers secteurs, et particulièrement le secteur social et celui de l'équipement, connaissent une grande instabilité, les regroupements et scissions se succédant sans véritable logique apparente. Certes aucun découpage des structures ministérielles ne s'impose de façon absolue, en raison de la grande diversité et de l'enchevêtrement des tâches. Toutefois les turbulences continuelles ne sont pas sans inconvénients sur

---

1. Sur ce point, v. p. 162, note 2.
2. À l'époque révolutionnaire, six ministères suffisaient à remplir les fonctions d'intérêt général. Puis peu à peu des départements plus spécialisés ont été institués par une sorte de « scissiparité » du ministère de l'Intérieur. V. R. Drago, « Les missions de l'administration », G. Langrod et autres, *Traité de science administrative,* Mouton éd., 1966, p. 225, et l'étude du Conseil d'État, « Structures gouvernementales et organisation administrative », *NED* n° 4818, La Documentation française, 1986.

l'organisation et le fonctionnement des services. Et s'ajoute à cela les créations très éphémères (comme le « Temps libre » en 1981), ou épisodiques (les droits de la femme par exemple...).

Les innovations ayant trait à la composition des gouvernements ne concernent pas seulement les attributions des membres. La *féminisation* est à l'ordre du jour non seulement quant au nombre de femmes dans l'équipe gouvernementale mais aussi quant à leur titre [1].

Les effectifs des équipes gouvernementales sont, d'une façon générale, larges depuis longtemps. Ainsi ont-ils souvent été supérieurs à 40 (49, par exemple, pour le gouvernement Rocard de 1988). Le gouvernement Balladur, en 1993, a pu paraître constituer une exception avec seulement 30 membres. Toutefois, alors que le premier gouvernement Juppé comptait 43 membres, le second était réduit à 33 et le gouvernement Jospin n'en comprenait d'abord que 27 (32 en mars 2000). Il y en avait 38 dans le gouvernement Raffarin de 2002, mais l'effectif est remonté à 43 en 2004. Il est de 31 membres dans le gouvernement de Villepin constitué le 2 juin 2005 (dont 6 femmes).

Dans un tel climat, les **projets de rationalisation de la structure gouvernementale** sont bien oubliés. Ils ont pourtant plus qu'un intérêt historique.

– **Balzac,** déjà, avait médité sur ce que devait être un bon gouvernement de la France. Il a été attiré par cet univers de bureaux. Il l'a peint notamment dans *Les Employés.* Son héros Rabourdin imaginait un nouveau système : « Il divisait la haute administration en trois ministères. Il avait pensé que si, jadis, il se trouvait des têtes assez fortes pour embrasser l'ensemble des affaires intérieures et extérieures, la France aujourd'hui ne manquerait jamais de Mazarin, de Suger, de Sully, de Choiseul, de Colbert pour diriger des ministères plus vastes que les ministères actuels. D'ailleurs, constitutionnellement parlant, trois ministres s'accordent plus facilement que sept. Puis, il est moins difficile aussi de se tromper quant aux choix. Enfin, peut-être la royauté éviterait-elle ainsi ces perpétuelles oscillations ministérielles qui ne permettent de suivre aucun plan de politique extérieure, ni d'accomplir aucune amélioration intérieure [...]. D'abord, il parut alors naturel à Rabourdin de réunir le ministère de la Marine au ministère de la Guerre [...]. N'était-ce pas un contresens de donner aux amiraux et maréchaux une administration séparée, quand ils marchaient vers un but commun : la défense du pays, l'attaque de l'ennemi, la protection des possessions nationales ? Le ministère de l'Intérieur devait réunir le commerce, la police et les finances, sous peine de mentir à son nom. Au ministère des Affaires étrangères appartenaient la justice, la maison du roi, et tout ce qui, dans le ministère de l'Intérieur, concerne les arts, les lettres et les grâces. Toute protection doit découler immédiatement du souverain. Ce ministère impliquait la présidence du Conseil. »

---

1. ... *la* ministre... *une* secrétaire d'État... V. la circulaire du Premier ministre, du 8 mars 1998, relative à la féminisation des noms de métier, fonction, grade ou titre (*JO* 8 mars 1998) : à la demande de L. Jospin, la Commission générale de terminologie et de néologie a rendu un rapport portant sur les usages juridiques, et l'Institut national de la langue française a réalisé un guide : *Femme, j'écris ton nom...,* La Documentation française, 1999. Cette modification du vocabulaire est un progrès assez symbolique (et d'ailleurs discuté), mais l'année 1999 s'est révélée décidément propice aux droits des femmes. En effet à la réforme constitutionnelle du 8 juill. 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes (en matière électorale), s'est ajoutée la loi du 12 juill. 1999 créant des délégations parlementaires aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes... V. aussi *infra,* p. 387.

– **Chardon,** au début du XXe siècle, distingue le pouvoir politique (le parlement) et le pouvoir administratif (les bureaux). Les ministres sont à la charnière de ces deux pouvoirs : ce sont les contrôleurs désignés par le premier pour surveiller le second. Il veut lui aussi simplifier l'organisation gouvernementale : « De ces six ministères, Intérieur, Justice, Travaux publics, Commerce, Agriculture, Travail, je fais seulement trois ministères : le ministère de la Justice ; le ministère des Travaux publics ; le ministère de la Prévoyance, de l'Assistance et de la Santé publique. Je supprime donc l'Intérieur, le Commerce et l'Agriculture et je transforme le ministère du Travail en un ministère d'Assurance contre la misère humaine ; assurance contre la misère pécuniaire : prévoyance et assistance ; assurance contre la misère physiologique : hygiène et santé publique. Je répartis entre les trois ministères de la Justice, des Travaux publics et de la Prévoyance, les principales attributions des ministères que je supprime. Toutefois, vous ne retrouverez pas à la Justice, aux Travaux publics, ou à la Prévoyance toutes les attributions actuelles de l'Agriculture, du Commerce ou de l'Intérieur. Quelques-unes de ces attributions vont, en effet, plus normalement à l'un des cinq autres ministères que je n'ai pas étudiés ici, Affaires extérieures, Défense nationale, Finances, Instruction publique, Colonies ».

– **Léon Blum** écrivait de son côté, dans *La Réforme gouvernementale,* en 1936 : « J'estime pour ma part que le nombre des ministres à portefeuille ne devrait jamais dépasser dix, et cela pour une raison d'ordre purement pratique », l'impossibilité de coordonner efficacement leur action lorsqu'ils sont plus nombreux [1].

– À l'époque contemporaine, cela reste un leitmotiv [2]. Et l'on peut s'étonner qu'à l'heure de la **LOLF** le gouvernement formé en 2005 ait paru l'ignorer. N'est-elle pas censée imposer de profonds changements ? [3]

§ 2. La « hiérarchie » des ministères

A. Les diverses catégories de membres du gouvernement

Bien que l'usage confonde souvent l'expression de membre du gouvernement et le terme de ministre, ils ne sont pas synonymes. Un gouvernement peut, en effet, comprendre non seulement des **ministres** mais aussi des **ministres d'État,** des **ministres délégués,** des **secrétaires d'État.** La confusion s'explique sans doute par le protocole, en vertu duquel tout membre du gouvernement a droit à l'appellation de « ministre ». La Constitution l'entretient, confondant elle aussi les notions de ministre et de membre du gouvernement, par exemple, dans ses articles 8, 21 et 22.

---

1. H. Chardon, *Le pouvoir administratif*, Librairie académique Perrin, 1912 (notamment p. 284) ; L. Blum, *La Réforme gouvernementale,* Bernard Grasset, 1936. Le rapport Picq (*L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État présidée par J. Picq, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1995) proposait également un exemple de gouvernement resserré : Premier ministre, quinze ministres et sept ministres délégués. S'il n'y a pas eu de suite, l'actuelle réforme de l'État paraît de nature à imposer un réexamen de cette question du nombre des ministères : v. *infra*, p. 192, note 1.
2. Ainsi, le récent rapport Pébereau répète là ce que disait le rapport Picq en 1995 (rapports cités, *supra*, dossier 1). Dans le même sens, parmi d'autres, J.-F. Kesler (*Les hauts fonctionnaires, la politique et l'argent*, Albin Michel, 2006, p. 288) précise qu'« il faudrait aussi inscrire dans une loi organique la répartition des compétences entre ministères pour la rendre pérenne ».
3. V. *supra,* p. 191.

– Les **ministres d'État** constituent, le plus souvent, une sorte de caution des partis coalisés au sein de la structure gouvernementale. En 1958, les quatre ministres d'État, Guy Mollet (SFIO), Pierre Pflimlin (MRP), Louis Jacquinot (indépendant), Félix Houphouët-Boigny (UDSR) traduisaient cette pratique dans le dernier gouvernement de la IVe République, celui du général de Gaulle. Bien qu'ils ne fussent pas titulaires d'un portefeuille ministériel, ils ne se limitèrent pas à un rôle cérémonial mais participèrent à l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Sous la Ve République, l'existence de ministres d'État est fréquente mai elle n'est pas continue. Par exemple, on en trouve 5 dans le gouvernement Cresson en 1991, 4 dans le gouvernement Balladur en 1993, mais il faut attendre les gouvernements Raffarin (2004) et de Villepin (2005) pour qu'il y en ait un (M. Nicolas Sarkozy). En toute hypothèse, les ministres d'État, qu'ils soient chargés d'un département important ou d'un secteur plus secondaire, bénéficient d'une préséance protocolaire par rapport à leurs collègues. Généralement, ce sont eux qui assurent l'*intérim* du Premier ministre, en exerçant alors la plénitude de ses attributions [1].

– L'existence de **ministres délégués** s'explique d'abord par la multiplication des fonctions de coordination que doit assurer le Premier ministre. C'est le nécessaire aménagement de ses tâches qui a entraîné leur apparition. Le plus souvent chargés d'un portefeuille ministériel, ils bénéficient à ce poste de l'autorité du Premier ministre pour faire prévaloir ses vues et les leurs sur celles de leurs autres collègues. Ainsi, dans les gouvernements Barre, de 1976 à 1978, le Premier ministre, étant également ministre de l'Économie et des Finances, était assisté par un ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé de l'Économie et des Finances. Il existe aussi des ministres délégués auprès d'un autre ministre (certains gouvernements ont comporté des ministres délégués sans autre précision, ce qui constitue une « anomalie juridique » comme le soulignait le Conseil d'État dans son étude sur les structures gouvernementales en 1986 [2]). La pratique est fluctuante, selon les gouvernements, quant à la participation des ministres délégués au Conseil des ministres : soit ils n'y sont convoqués que pour les affaires relevant de leurs attributions ; soit ils participent à tous les conseils.

– Les **secrétaires d'État** sont les héritiers des sous-secrétaires d'État de la IIIe République et des secrétaires d'État de la IVe, qui ne participaient qu'aux conseils de cabinet (présidés par le chef du gouvernement et non par le chef de l'État). Il n'y en a pas dans le gouvernement de Villepin, ce qui, sans être inédit, demeure l'exception. Depuis 1958, les secrétaires d'État ont, en effet, le plus souvent été tantôt placés à la tête d'un département ministériel d'importance secondaire (on parle alors de secrétaires d'État *autonomes*) tantôt rattachés au Premier ministre ou à un ministre qu'ils assistent dans l'exercice de tout ou partie de ses compétences. Jusqu'en 1968, les secrétaires d'État participaient tous au Conseil des ministres car, soulignait de Gaulle, « la solidarité ministérielle ne se divise pas ». Mais ensuite leur multiplication a entraîné leur éviction du Conseil : ils n'y ont participé qu'en cas d'inscription à l'ordre du jour d'une question concernant leurs attributions [3].

---

1. Notamment, le ministre qui est « désigné pour assurer l'intérim des fonctions du Premier ministre », peut engager la responsabilité du gouvernement, sur le fondement de l'article 49, alinéa 3 de la Constitution : CC 22 janv 1990, *AJDA* 1990.471, note F. Benoit-Rohmer.

2. Étude citée *supra*, p. 184, note 2.

3. Les secrétaires d'État « rattachés » ne sont pas contresignataires des décrets du Premier ministre ou du président de la République. S'ils apposent fréquemment leur contreseing, celui-ci n'a pas de portée juridique, même lorsqu'il a été prévu par un décret (CE 28 mai 1984, *Ordre des avocats de Saint-Denis*

B. Le rôle du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

Tous les départements ministériels n'ont pas une égale importance : certains sont plus *prestigieux* (Affaires étrangères...), d'autres gèrent un *budget particulièrement lourd* (Défense...), d'autres encore ont la charge d'un *personnel très nombreux* (Éducation...), etc.

Mais le **ministère de l'Économie et des Finances** [1], appelé naguère « la rue de Rivoli », avant qu'il ne quitte le Palais du Louvre pour de nouveaux bâtiments situés quai de Bercy (et ne devienne le MINEFI), l'a depuis fort longtemps emporté sur tous les autres en raison à la fois de ses caractéristiques internes et de son rôle à l'égard de l'ensemble de l'Administration. Ce ministère a en charge des missions fondamentales. D'abord, il a toujours joué un rôle essentiel dans la gestion financière des activités publiques : établissement du budget, recouvrement des recettes, paiement des dépenses, maîtrise de la trésorerie de l'État, etc. Ensuite, et dès lors que c'est indissociable de la politique budgétaire, il participe largement à la conduite et de l'économie.

Confortant son rôle en matière de politique économique, en 1997, dans le gouvernement Jospin, il est devenu ministre de l'Économie, des Finances **et de l'Industrie**. Tel a toujours été le cas depuis. Sont délégués auprès de lui des ministres ou secrétaires d'État. Les dossiers étant imbriqués, il s'agit de faire en sorte que toutes les grandes directions économiques travaillent de concert [2].

Quoiqu'il en soit, au sein de l'Administration de l'État, la mise en œuvre de la loi du 1er août 2001 (LOLF) n'a fait que renforcer le rôle du MINEFI. Dans le gouvernement Raffarin formé en juin 2002, le ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire a eu en charge le pilotage de la nouvelle « constitution financière ». Et, en 2003, a été créée une direction de la réforme budgétaire qui a travaillé en liaison avec la direction du budget et la direction générale de la comptabilité publique. Consacrant cette évolution, le gouvernement de Villepin, de juin 2005, comprend un ministre délégué au Budget *et à la Réforme de l'État*. Ce qui a conduit à la création, en remplacement de la direction de la réforme budgétaire, d'une *direction générale de la modernisation de l'État* qui réunit divers autres services à vocation interministérielle [3].

---

de la Réunion et autres, *R.*, *tables*, p. 478). Il suffit du contreseing du ministre dont ils relèvent. Solution qui, logiquement, ne peut que valoir aussi pour les ministres délégués auprès d'un ministre (en ce sens, R. Chapus, *DA* 1, nº 277).

1. M. Bouvier, M.-C. Esclassan et J.-P. Lassale, *Finances publiques*, LGDJ, manuel, 8e éd., 2006 ; www.minefi.gouv.fr ; et, *supra*, p. 169, décret du 16 juin 2005 relatif à ses attributions.

2. V. toutefois L. Saïdj, « Réflexions sur une « Bastille à Bercy » : le ministère des finances à l'épreuve des mutations contemporaines », *Mélanges Paul Amselek,* Bruylant, 2005, p. 709 – « L'évolution (le déclin ?) de l'État » rejaillit sur le ministère ; qui plus est, son affaiblissement « semble être allé au-delà de ce qu'impliquait l'affaiblissement de l'État »...

3. Décret du 30 décembre 2005 (*JO* 1er janv. 2006) (déjà cité, *supra*, p. 21). V. R. Hertzog, « Quelques aspects de la loi organique relative aux lois de finances dans ses rapports avec le système administratif », *AJDA* 2006.531 : il en ressort qu'à l'appellation de ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, il faudrait désormais ajouter **« et de la Réforme de l'État »**.

§ 3. La structure des ministères

A. Le ministre

Le ministre est à la fois **membre du gouvernement** et **chef d'une administration** [1].

En tant que membre du gouvernement, il est solidaire de l'action d'ensemble de celui-ci. Il est nommé par le président de la République sur proposition du Premier ministre. Ses fonctions sont incompatibles avec l'exercice de diverses activités et, notamment, avec tout mandat parlementaire. Elles prennent fin par sa révocation, sa démission ou le changement de gouvernement. Il participe au Conseil des ministres ainsi qu'à divers conseils ou comités interministériels dont l'ordre du jour traite de problèmes concernant son département. Il a accès aux deux Assemblées parlementaires et il y est entendu quand il le demande. Il peut être assisté par certains de ses proches collaborateurs que l'on appelle alors des « commissaires du gouvernement » bien que leur rôle soit sans rapport avec celui des membres des juridictions administratives qui portent le même nom.

En tant que chef d'une administration, il exerce des attributions très nombreuses qu'il délègue partiellement à des membres de son cabinet ou aux responsables de ses services.

Il représente l'État pour le secteur d'activité qui correspond à son département. Il engage les actions en justice au nom de l'État ou bien il tient le rôle de défendeur : notamment les observations de l'Administration sur les pourvois formés par les agents publics ou les administrés sont signées du ministre concerné [2]. Il est également ordonnateur principal des dépenses correspondant aux crédits de la loi de finances pour son ministère, et, en principe, il signe les contrats.

Il est compétent pour organiser les services dont il est le chef hiérarchique et donc pour édicter les règles générales nécessaires à cet effet. Par exemple, il prend des mesures relatives à l'exercice du droit de grève en définissant éventuellement un service minimal nécessité par les exigences de la sécurité ou de l'intérêt public. Il ne saurait, en revanche, sauf si la loi (ou un décret) l'y autorise expressément, signer des règlements opposables aux administrés même pour les affaires qui relèvent de son département : seul le président de la République ou le Premier ministre peuvent le faire [3].

Il participe aussi au choix des agents placés sous son autorité (sous réserve de la compétence de principe du président de la République ou du Premier ministre pour leur nomination), ainsi qu'aux mesures relatives à leur carrière (avancement ou sanctions disciplinaires) ou à leurs activités (en donnant des instructions et en contrôlant leur exécution) [4].

---

1. *Pouvoirs*, « Le ministre », n° 36, 1986.
2. Toutefois le préfet signe les observations sur les pourvois relatifs aux services déconcentrés.
3. CE 7 févr. 1936, *Jamart*, *R.* 172, *S.* 1937.3.113, note J. Rivero : il appartient aux ministres « de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité » ; CE 7 juill. 1950, *Dehaene*, *R.* 426, *RDP* 1950.691, concl. F. Gazier, note M. Waline, *RA* 1950.366, note G. Liet-Veaux : en l'absence de réglementation du droit de grève par la loi, « il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève ». Sur la question du pouvoir réglementaire, v. p. 162.
4. V. p. 365 (sur la nomination des agents).

B. Le cabinet ministériel

Le cabinet ministériel est l'auxiliaire direct du ministre. Cette « *super-structure* » des administrations centrales est composée de collaborateurs, fonctionnaires ou non, choisis par le ministre *de façon discrétionnaire*. L'accroissement des effectifs qui n'ont plus seulement une tâche de conception mais souvent de gestion a conduit à distinguer les « officiels » des « officieux » et même des « clandestins ». Malgré l'évolution du rôle des cabinets, le choix de leurs membres repose sur un *critère politique* (même s'il comporte aussi une appréciation de la compétence technique) et leur composition est donc précaire (comme la fonction ministérielle elle-même).

Le *directeur du cabinet* est le principal collaborateur du ministre dont il reçoit délégation de signature (sauf pour le contreseing des décrets). Parfois aidé par un directeur adjoint, il est assisté de *conseillers techniques* et de *chargés de mission*. Le *chef de cabinet* assume l'organisation matérielle de cet organisme. Il suit le plus souvent les affaires politiques du ministre et, le cas échéant, celles qui concernent sa circonscription électorale. Certains ministres (et même certains secrétaires d'État) choisissent, en outre, en dehors de la structure du cabinet, des collaborateurs qui sont appelés *chargés de mission auprès du ministre*, dont l'importance est très variable. Il semble qu'apparaissent aussi des *conseillers du ministre* dont le statut est totalement indéterminé.

Institution spécifiquement française, le cabinet a hérité de la tradition ancienne des conseillers personnels des monarques ou des ministres. Il a pris forme à la Restauration et a connu au cours des XIXe et XXe siècles une nette expansion. En dépit de directives gouvernementales limitant les effectifs des cabinets, l'ensemble regroupe très probablement, selon les années et les gouvernements, 400 à 600 personnes.

Le cabinet est **souvent critiqué.** Il crée parfois entre le ministre et son administration une sorte d'écran alors qu'il devrait être l'équipe d'animation de tout le département. Composé pour l'essentiel de hauts fonctionnaires souvent issus des grands corps de l'État, il fait la part belle à la technocratie alors qu'il devrait assurer la liaison entre les politiques (en particulier, les parlementaires) et les administrateurs. L'absence de responsabilité organisée de ses membres, en dehors du désaveu du ministre, et la tendance à se substituer aux services accentuent encore les griefs dont il fait l'objet [1].

C. Les organes de l'administration centrale

L'administration centrale de chaque ministère est normalement organisée en **directions générales, directions** et **services** qui tous, à leur tour, peuvent être organisés en *sous-directions* ou *bureaux*. Une direction générale peut être créée pour regrouper plusieurs directeurs sous l'autorité d'un directeur général ou, à titre exceptionnel, lorsque les effectifs ou les attributions d'une direction sont particulièrement importants. Un service est, en principe, directement rattaché au ministre (comme *les corps d'inspection* ou les

---

1. O. Schrameck, *Les cabinets ministériels*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1995 ; et, soulignant la politisation, L. Rouban, « Les Énarques en cabinets. 1984-1996 », *Cahiers du Centre d'étude de la vie politique française*, n° 17, 1997.

cellules d'études). Il a vocation à remplir une mission commune à l'ensemble des directions d'un ministère [1].

Aux directions générales, s'ajoute aujourd'hui normalement un **secrétariat général**. Tel que le présentait, par exemple, le ministre de l'Education nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, en 2005, c'est une « instance d'autorité, d'expertise et de conseil ». En l'espèce, il se situe à égalité de rang avec trois directions générales et il fédère, « avec autorité hiérarchique », sept directions et deux services (dont la direction des ressources humaines, la direction de l'évaluation de la prospective et de la performance, le service de l'action administrative et de la modernisation)[2]. Enfin l'administration a multiplié les *organismes consultatifs.* Chaque ministre est assisté de commissions multiples chargées d'émettre un avis avant l'adoption de nombreuses décisions. Cette procédure qui devrait améliorer l'élaboration des textes et des politiques est souvent source de dilution des responsabilités et de ralentissement de l'action.

L'organisation des services est fréquemment remaniée. Notamment, lors des changements de ministres, le nombre, les fonctions et l'articulation des directions sont souvent modifiés. Effectuées en principe dans un but d'efficacité, ces transformations comportent malgré tout des inconvénients. Pour éviter trop de bouleversements, il a été décidé, par le décret de 1987, que l'organisation en directions générales, directions et services, est fixée par décret en Conseil d'État et que celle des directions générales, directions et services en sous-directions est fixée par un arrêté conjoint du Premier ministre et du ministre concerné. Seule l'organisation des sous-directions relève d'un arrêté du ministre concerné [3]. Selon la circulaire du 9 mai 1997, il s'agit, dans le cadre de la réforme de l'État, de simplifier les organigrammes et de réduire le nombre d'échelons hiérarchiques [4].

En 2002, cette rationalisation a pris une dimension nouvelle. En effet, l'**application de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances (LOLF)** nécessite une évolution des modes d'organisation et de fonctionnement des services de l'État. La nouvelle architecture budgétaire a pour but de permettre une meilleure connaissance des crédits alloués aux diverses politiques publiques et d'évaluer leur efficacité. En conséquence, le budget de l'État ne doit plus être organisé ministère par ministère, mais présenté à travers des *missions* (pouvant relever d'un ministère mais aussi de plusieurs) qui reflètent les principales orientations de l'action publique. Cela suppose une autre conception de l'action dans les ministères et un décloisonnement des structures. Or cette réforme a rencontré des difficultés. Les missions étant déclinées en *programmes* (relevant, eux, de chaque ministère) il y a une propension de divers ministères à calquer leurs programmes

---

1. Décret du 15 juin 1987 relatif à l'organisation des services d'administration centrale (*JO* 17 juin 1987) ; et, précisant les modalités d'application « compte tenu des orientations retenues [...] dans le cadre de la réforme de l'État », circulaire du 9 mai 1997 relative aux règles d'organisation des administrations centrales et des services à compétence nationale et de délégation de signature des ministres (*JO* 10 mai 1997) – Et *Code de l'administration* (dir. B. Stirn et S. Formery), Lexis Nexis, Litec.
2. Site internet de ce ministère, communiqué du ministre, du 19 octobre 2005, présentant « les grandes lignes de la nouvelle organisation de son ministère ».
3. Parmi les travaux ayant conduit au décret de 1987, F. de Baecque et A. Holleaux, « Les problèmes posés par la diversité de l'organisation des administrations centrales », *EDCE* 1982-1983, p. 89 ; « Structures gouvernementales et organisation administrative », *NED* nº 4818, La Documentation française, Étude du Conseil d'État, 1986.
4. Sur la restructuration des services centraux exigée par la nouvelle répartition des compétences entre ceux-ci et les services déconcentrés, établie en 1992, v. *infra*, p. 208.

sur l'organisation existante, sans raisonner en termes de politique publique à mettre en œuvre. Pourtant s'impose une cohérence entre l'organisation des services et les objectifs poursuivis. De plus, dans chaque ministère doivent être désignés des *responsables de programmes*. Ceux-ci seront libres de la répartition des crédits entre les différentes actions composant un programme ; mais en raison de la nouvelle culture du résultat, l'efficacité de la gestion de chaque responsable sera mesurée par des indicateurs de performance en fonction des objectifs définis. Cela entraîne, à l'évidence, un réaménagement de l'exercice des pouvoirs au sein des administration centrales, et d'ailleurs aussi des relations entre services centraux et services déconcentrés [1].

Section 2
Au sommet [2] : la présidence de la République et les services du Premier ministre

Le président de la République et le Premier ministre jouent un rôle essentiel en matière administrative puisqu'ils sont titulaires du pouvoir réglementaire général et nomment aux emplois civils et militaires les plus importants (art. 13 et 21 de la Constitution). Mais ils ont également, surtout le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution, un rôle de direction et de coordination administrative qu'ils exercent dans divers conseils et comités de coordination et avec l'aide des **services dépendant de l'Élysée et de Matignon** [3].

§ 1. Les conseils et comités de coordination

Le plus important d'entre eux est le **Conseil des ministres**. Sa présidence est assurée sous la Ve République, comme sous la IIIe et la IVe, par le chef de l'État. L'article 21 de la Constitution prévoit que le Premier ministre peut le remplacer en vertu d'une délégation expresse et sur un ordre du jour déterminé, mais cette disposition n'est que très rarement appliquée. Le Conseil se réunit généralement le mercredi matin au palais de l'Élysée. L'ordre du jour est préparé par le secrétaire général du gouvernement et fixé par le président de la République. Il comprend en principe trois parties : adoption des textes qui

---

1. *RFFP*, nº 76, 2001 (La loi organique relative aux lois de finances) ; *RFPP* nº 82, 2003 (mettre en œuvre la loi organique relative aux lois de finances) ; *AJDA* 2006.523 (Dossier « LOLF et réforme de la gestion publique »). V. aussi M. Lascombe et X. Vandendriessche (« La réforme de l'État, réforme du gouvernement ? », Tribune, *AJDA* 2004.677) qui s'interrogent sur la structure gouvernementale. Alors qu'a toujours régné en la matière « une certaine anarchie », ne serait-il pas de bonne administration de faire en sorte désormais que « la structure du gouvernement se calque au mieux sur les « missions » choisies » ? « Petit à petit une structure quasi permanente de gouvernement pourrait ainsi voir le jour et faciliter la lisibilité et l'efficacité des politiques publiques ».
2. Outre les ouvrages déjà cités (note 2, p. 183, de ce chapitre), v. J. Fournier, *Le travail gouvernemental*, Presses de la FNSP et Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 1987 ; n° spécial *RDP* 1/2, 2002, *La VIe République ?* ; *RDP* 2005.1499, Forum « Avenir de la Constitution de 1958 » (après – p. 1487 – une chronique d'actualité de J. Robert, « Age, pouvoir et maladie ») ; et — concernant 10 pays (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Canada, Chine, Italie, Japon) — *RFAP* 1997, nº 83, « Administrer le sommet de l'exécutif ».
3. La présidence de la République occupe le palais de l'Élysée et le Premier ministre est installé à l'hôtel Matignon.

n'appellent pas de débat ; communications de membres du gouvernement ; délibération des projets qui doivent être discutés (lois, règlements ou nominations). Le plus souvent, le Conseil des ministres se borne à entériner sans discussion des textes ou des décisions préparés à l'avance lors de réunions diverses. Le résultat des délibérations est rendu public par un communiqué officiel. Mais les délibérations du Conseil des ministres n'ont pas, par elles-mêmes, valeur de décisions : celles-ci n'existent juridiquement qu'après la signature des actes concernés par les autorités compétentes.

Traditionnellement qualifiée de **Conseil de cabinet,** la réunion de l'ensemble des membres du gouvernement autour du Premier ministre avait pratiquement disparu sous la Ve République jusqu'à ce que la cohabitation lui redonne toute son importance [1]. Se réunissent aussi à intervalles réguliers des ministres et des secrétaires d'État pour étudier les dossiers qui les concernent plus spécialement. Ce sont les **conseils interministériels** présidés par le chef de l'État et les **comités interministériels** présidés par le chef du gouvernement. La liste en est longue, même pour les seules formations de caractère permanent. En matière de sécurité, en 1997, a été plus précisément créé un *Conseil de sécurité intérieure* réunissant périodiquement les ministres concernés sous la présidence du Premier ministre [2]. Avec ces formations le mode le plus courant du travail interministériel est celui des **réunions interministérielles,** composées de collaborateurs des ministres et présidées par un membre du cabinet du Premier ministre. D'une façon générale, les politiques publiques sont de plus en plus interministérielles, ce qui explique la multiplication des structures se superposant aux diverses administrations centrales : aux comités interministériels s'ajoutent des « *délégués* », des « *missions* », des *« coordonnateurs* » interministériels ayant des champs d'action plus ou moins larges [3].

§ 2. Les services de l'Élysée et de Matignon [4]

La **présidence de la République** dispose de services qui sont restés assez légers. Malgré l'énorme accroissement de l'importance du Président depuis 1958, et quels que soient les aléas politiques, il s'agit moins pour celui-ci d'administrer que de définir de grandes orientations. Se distinguent principalement trois organes : le *cabinet du Président*, son *état-major particulier* et le *secrétariat général de la présidence*.

---

1. V., comme pour l'ensemble de cette section, O. Schrameck, *Matignon rive gauche. 1997-2001*, Éd. du Seuil, 2001, p. 35. Il précise qu'alors « l'appellation "conseil de cabinet" a été évitée pour retenir celle tout à fait neutre de "réunion de ministres" » (« ces réunions, ajoute-t-il encore, permettent un dialogue général et authentique qui ne saurait être de mise sous l'autorité du Président de la République en période de cohabitation, et qui est de toute manière incompatible avec le formalisme cérémonieux qui a marqué les Conseils des ministres depuis le début de la Ve République »).

2. Décret du 18 novembre 1997. Depuis le décret du 15 mai 2002 (*JO* 16 mai 2002), ce Conseil est présidé par le Président de la République.

3. Très large pour le délégué interministériel à l'aménagement et à la compétitivité des territoires (Décr. 31 déc. 2005) ; plus restreint en ce qui concerne, par exemple, le coordonnateur interministériel pour le développement de l'usage du vélo (Décr. 14 avr. 2006).

4. V. plus particulièrement, les ouvrages de J. Massot publiés à La Documentation française : *La Présidence de la République*, 1977 ; *Le Chef du gouvernement en France*, 1979 (notamment p. 167) ; *Chef de l'État et chef du gouvernement, dyarchie et hiérarchie*, 1993 ; *Alternance et cohabitation sous la Ve République*, 1997. Sur le rôle de « Matignon », v. aussi F. de Baecque, *Qui gouverne la France ?* PUF, 1976 (notamment p. 119 : « L'hôtel Matignon est au centre d'un réseau où convergent les informations, les questions, les demandes d'instruction ; c'est donc un rouage essentiel de la vie politique et administrative du pays ») et G. Carcassonne, « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, nº 68, 1994, p. 31.

« **Matignon** » est une organisation bien plus complexe et plus lourde. Le Premier ministre dirige l'action du gouvernement (art. 21 de la Constitution). Outre des services propres beaucoup plus développés, d'autres organismes sont placés sous son autorité tout en étant des institutions administratives diverses [1]. Les effectifs sont donc très supérieurs à ceux de l'Élysée.

Ces services (plus d'une centaine) remplissent les **trois grandes fonctions** de Matignon : le secrétariat du pouvoir exécutif, l'administration générale, l'action d'étude des grands problèmes économiques, sociaux, culturels.

– La fonction de **secrétariat du pouvoir exécutif** est assumée par divers organes. Tout d'abord le Premier ministre dispose, comme les autres ministres, d'un **cabinet**, dont les membres, d'ailleurs particulièrement nombreux, ont la charge de régler certains problèmes au nom du chef de gouvernement. Ils président notamment les réunions interministérielles tenues au niveau des hauts fonctionnaires (sans les ministres) et prononcent ainsi les *arbitrages* entre les divers départements ministériels. Le **secrétariat général du gouvernement** (SGG), n'est pas moins décisif pour le travail gouvernemental : il intervient à toutes les étapes de l'élaboration des décisions, préparant les conseils, comités, réunions diverses, veillant au respect des formes et des procédures, jouant un rôle de conseil juridique du gouvernement. Il dirige l'ensemble des services. Organisme permanent (dont les membres ne sont pas remplacés lorsque le Premier ministre quitte ses fonctions), il peut aussi, en cas de changement de gouvernement, être le garant d'une certaine continuité de l'action gouvernementale. Certains organes ont une compétence plus spécialisée : le *Secrétariat général de la défense nationale* (SGDN), le *Secrétariat général des affaires européennes* (SGAE)[2] ou encore le *Secrétariat général de l'administration* (SGA) [3].

– La fonction d'**administration générale** concerne surtout des actions d'information ou des questions relatives aux administrés. Sont, ainsi, rattachés au Premier ministre : la *Direction des Journaux officiels*, la *Direction de La Documentation française*, les *centres interministériels de renseignements administratifs.*

– La fonction d'**étude** est fort large et diversifiée. Le Premier ministre a sous son autorité divers conseils, tels le *Conseil d'analyse économique*, le *Conseil d'analyse de la société*, le *Centre d'analyse stratégique*. Ce dernier, créé par décret du 6 mars 2006, a succédé au Commissariat général du plan, avec pour mission d'éclairer le gouvernement dans la définition et la mise en œuvre de ses orientations stratégiques en matière économique, sociale, environnementale et culturelle.

---

1. Il est à noter aussi que certaines autorités administratives indépendantes relèvent du budget des services du Premier ministre (notamment la CADA, le Médiateur de la République, le CSA).
2. V. s*upra*, p. 120.
3. V. *infra*, p. 352.

Section 3
Les organismes consultatifs

Les consultations sont très nombreuses dans l'Administration contemporaine dont le signe manifeste est le développement d'une *polysynodie* particulièrement foisonnante [1]. On a pu faire état de 4 700 organes consultatifs : 500 conseils, 1 200 comités, 3 000 commissions. Du moins faut-il en retenir qu'ils se comptent par milliers et que leur nombre paraît n'avoir jamais cessé d'augmenter. Certains de ces organismes sont placés auprès du chef de l'État ou présidés par lui. D'autres relèvent du Premier ministre ou d'un ministre [2]. D'autres encore sont rattachés à plusieurs ministres.

Dans un objectif de clarté et d'allégement de l'organisation administrative, les lois de simplification du droit de 2003 et 2004 ont autorisé le gouvernement, par ordonnances, à simplifier la composition et le fonctionnement de ces commissions administratives et à réduire leur nombre. En sont résultées des ordonnances du 1er juillet 2004 et du 30 juin 2005. Si elles ne sont pas sans produire certains effets, elles n'empêchent pas de nouvelles créations et le résultat d'ensemble demeure difficile à apprécier. Un décret du 8 juin 2006 est encore intervenu pour introduire un peu plus de rigueur [3].

Parmi toutes ces instances, une place très particulière revient au **Conseil d'État** (§ 1) et aussi au **Conseil économique et social** bien que son rôle demeure assez secondaire en matière administrative (§ 2).

§ 1. Le conseil d'État

Juge de l'Administration, le Conseil d'État est aussi le conseiller du gouvernement [4]. Il est le seul organe consultatif à vocation générale. Il peut être appelé à interpréter des textes ou bien à donner son avis sur des projets qui lui sont présentés par le Premier ministre.

---

1. Y. Weber, *L'Administration consultative*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 82, 1968 ; G. Langrod (dir.), *La consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, 1972.

2. Le ministre chargé de l'Éducation nationale consulte, par exemple, selon les cas, le Conseil supérieur de l'éducation (CSE), le Conseil national des universités (CNU), le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER), la Conférence des présidents d'universités (CPU) ; ou encore le Haut conseil de l'éducation (HCE) créé par la loi du 23 avril 2005 d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

3. Décret du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif (*JO* 9 juin 2006) – Commissions placées auprès d'autorités de l'État et de ses établissements publics : par exemple, (et tout au moins quand son existence n'est pas prévue par la loi) « une commission est créée par décret pour une durée maximale de cinq ans. Cette création est précédée de la réalisation d'une étude permettant notamment de vérifier que la mission impartie à la commission répond à une nécessité et n'est pas susceptible d'être assurée par une commission existante » (art. 2).

4. Sur sa fonction juridictionnelle, v. dossier 2. Quant à sa fonction consultative : M. Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA* 1992.787 ; G. Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 91 ; M. Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Ve République », *EDCE* no 46, La Documentation française, 1995, p. 439. Et, pour ce qui est du contenu des avis rendus par le Conseil d'État (assortis de commentaires et d'une présentation générale de la fonction consultative) : Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2e éd., 2002. V. aussi le Rapport public annuel du Conseil d'État (compte rendu de l'activité de chaque section), *EDCE*, La Documentation française.

Pour remplir ces missions, il comprend *quatre sections administratives* (section de l'intérieur, section des finances, section des travaux publics, section sociale) auxquelles a été ajoutée la *section du rapport et des études* dont les attributions sont particulières [1]. Dans la procédure habituelle relative à l'examen des projets de textes, l'une des quatre sections administratives est consultée et s'exprime au nom du Conseil d'État. Toutefois, dans certains cas, interviennent des formations plus solennelles : *deux sections réunies* ou bien même l'*assemblée générale*, soit *plénière* c'est-à-dire réunissant tous les conseillers d'État, soit *ordinaire*, c'est-à-dire comprenant, outre le vice-président du Conseil d'État et les présidents de section, l'un des présidents adjoints de la section du contentieux et vingt et un conseillers d'État. Enfin, les textes qui doivent être examinés d'urgence sont soumis à une *commission permanente*. L'organisation du travail consultatif relève de l'autorité du vice-président, notamment sur le fondement de l'article R. 123-20 du Code de justice administrative qui prévoit (avant d'énumérer un certain nombre d'exceptions) que « sont portés à l'ordre du jour de l'assemblée générale ordinaire du Conseil d'État ou, sur décision du vice-président, après avis du président de la section ou de la commission permanente compétente, à l'ordre du jour de l'assemblée générale plénière du Conseil d'État :

1° les projets de lois et d'ordonnances... ;

2° les projets de décrets pris en vertu de l'article 37 de la Constitution ;

3° les affaires qui, en raison de leur importance, sont renvoyées à l'examen de l'assemblée générale soit à la demande des ministres intéressés, soit par le vice-président du Conseil d'État, soit par le président de la section ou de la commission compétente, soit à la demande de cette section ou de cette commission ».

– Parfois, la consultation du Conseil d'État est **obligatoire :** projets de lois, projets d'ordonnances établis en vertu de l'article 38 de la Constitution, décrets modifiant des dispositions législatives en application de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution et, plus généralement tous textes pour lesquels une disposition législative (ce qui est très fréquent) prévoit qu'ils seront soumis au Conseil d'État.

Les décrets pris sur avis obligatoire du Conseil d'État sont appelés « **décrets en Conseil d'État** » et comportent dans leurs visas la mention « *Le Conseil d'État entendu* ». Si le gouvernement est alors obligé de prendre l'avis du Conseil d'État, il n'est pas tenu pour autant de la suivre. Trois solutions s'offrent à lui : il peut ou bien maintenir son projet initial malgré l'opposition ou les réserves du Conseil d'État, ou bien adopter le texte tel que le Conseil d'État l'a remanié, ou enfin renoncer à son projet et abandonner la réforme qu'il envisageait. En revanche, il ne saurait retenir une autre rédaction car cette troisième version n'aurait pas été soumise à la consultation (obligatoire, par hypothèse) du Conseil d'État : ce serait un *nouveau projet* pour lequel la procédure consultative devrait être recommencée. Si cette règle n'est pas respectée ou si un avis obligatoire n'est pas demandé, le gouvernement commet une irrégularité et, dans le cas où il a pris, dans ces

1. V. *supra*, p. 65. Outre sa mission en matière d'exécution des décisions de justice, elle est chargée, comme son nom l'indique, de préparer le rapport annuel du Conseil d'État, d'élaborer les propositions qu'il adresse, de sa propre initiative, aux pouvoirs publics sur les réformes qui lui paraissent conformes à l'intérêt général et de procéder à des études à la demande du Premier ministre ou à l'initiative du vice-président (CJA, art. R. 123-5).

conditions, un décret celui-ci pourrait être annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir pour incompétence [1]. De plus, un décret en Conseil d'État ne peut être modifié que par un décret de même nature (et non par un décret simple). En pratique un problème se pose dans la mesure où le gouvernement insère parfois dans un même décret en Conseil d'État des dispositions qui relèvent de la consultation obligatoire et d'autres pour laquelle aucun texte n'impose le recours à un décret en Conseil d'État : le gouvernement peut-il modifier le décret par décret simple ? Pour la première fois en 1998, le Conseil d'État a, dans un arrêt, clarifié les règles à respecter, en adoptant toutefois une conception formelle du décret en Conseil d'État qui laisse une souplesse au gouvernement. Il précise que « lorsqu'un décret comporte la mention « le Conseil d'État entendu » et ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple, il ne peut être modifié que par un décret en Conseil d'État » [2].

La consultation sur les **projets de lois** laisse au gouvernement une marge de liberté un peu plus grande que dans le cas de la consultation sur les projets de décrets en Conseil d'État. Elle n'en est pas moins obligatoire, ce qui implique le respect de règles que le Conseil constitutionnel est venu préciser dans une décision du 3 avril 2003. Le projet de loi doit être soumis au Conseil d'État avant d'être délibéré en Conseil des ministres (art. 39 de la Constitution). Après l'avis rendu, le Conseil des ministres peut apporter des modifications au texte, mais, comme l'énonce le Conseil constitutionnel, c'est « à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ». En conséquence, « l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation ». Cela signifie que les modifications apportées par le gouvernement en Conseil des ministres ne peuvent pas concerner une *question nouvelle* non soumise au Conseil d'État. Il y a toutefois une incertitude sur la nature exacte des « questions » qui doivent être soumises au Conseil d'État. En revanche, il est à souligner que le gouvernement n'a pas à consulter le Conseil d'État sur les amendements qu'il apporte au texte de loi lors de la discussion au Parlement [3].

– Dans d'autres cas, la consultation du Conseil d'État est **facultative** et elle est toujours possible. Ainsi, en dehors des décrets en Conseil d'État, le gouvernement peut soumettre pour avis tout projet de décret (la procédure n'ayant plus le caractère contraignant de celle de la consultation obligatoire). Le décret comporte alors, dans ses visas la mention « *vu l'avis du Conseil d'État* ». Le gouvernement peut également demander des avis « sur des difficultés qui s'élèvent en matière administrative » : il peut s'agir de demandes d'interprétation de textes (dispositions constitutionnelles ou législatives) ou de demandes ayant pour but de clarifier des problèmes d'ordre général objet de débats. Le gouvernement peut aussi confier au Conseil d'État une *étude sur une question particulière*. Enfin, la « haute

---

1. V. *infra*, p. 472 et p. 629.
2. CE 3 juill. 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, *AJDA* 1998.780. Il revient donc au gouvernement de veiller à introduire la réserve de modification dans les décrets en Conseil d'État a contenu « mixte ».
3. CC 3 avr. 2003 (*JO* 12 avr. 2003) (loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen). Dans sa décision le Conseil a effectivement censuré une disposition en raison du non respect de la procédure de consultation (après l'avis du Conseil d'État, le gouvernement avait substitué, pour l'accès des listes au 2e tour des élections régionales, le seuil de 10 % des électeurs inscrits au seuil de 10 % des suffrages exprimés, ce qui constituait bien une question importante de texte, une modification de la nature de la question posée au Conseil d'État). V. les notes de G. Drago, *AJDA* 2003.948 et de M.-T. Viel, *AJDA* 2003.1625.

assemblée » [1] peut de sa propre initiative faire des propositions dans son **rapport** annuel pour suggérer des réformes ou des innovations qui lui semblent nécessaires ou souhaitables. Ce rapport préparé par la Section du rapport et des études est publié dans sa totalité depuis 1988 (à La Documentation française, *EDCE*). Il contient une analyse des activités des diverses formations du Conseil d'État, et des « considérations générales » ou « réflexions » qui chaque année portent sur un thème particulier (« responsabilité et socialisation du risque » en 2005, « Sécurité juridique et complexité du droit » en 2006).

Toute cette activité consultative [2] justifie l'entrée au Conseil d'État de fonctionnaires ou de personnalités ayant une expérience de l'administration, de la politique ou des problèmes traités par la législation et la réglementation (tour extérieur, conseillers d'État en service extraordinaire) [3]. Elle contribue à une sorte de symbiose entre ce corps et l'ensemble des services publics qui est encore accentuée par le fait que, traditionnellement, les membres du Conseil d'État servent « à l'extérieur » : cette « pépinière » fournit à l'Administration des conseillers, des experts, des rapporteurs ou des présidents pour diverses commissions, des directeurs de cabinet ministériel ou d'administration centrale, etc. Sans doute, est-ce bien ce que souhaitait déjà Napoléon Bonaparte en l'an VIII.

§ 2. Le Conseil économique et social

Le projet d'une assemblée représentant les groupes socioprofessionnels est né au lendemain de la Première Guerre mondiale : réalisé en Allemagne par la Constitution de Weimar, il a été mis en œuvre en France, dès 1925, par le Cartel des gauches qui a donné naissance au Conseil national économique. L'institution, constitutionnalisée en 1946 et maintenue en 1958, a longtemps souffert, dans certains milieux politiques, d'un préjugé défavorable, dans la mesure où elle rappelait la place faite au corporatisme dans certains régimes fascistes. Il serait pourtant injuste d'oublier que les avis de cette assemblée sont souvent d'une grande valeur [4]. La formule a d'ailleurs été transposée au niveau régional : à côté du Conseil régional figure un conseil économique et social régional qui est également une assemblée exclusivement consultative.

Le titre XI de la Constitution actuelle (art. 69, 70, 71) consacre l'existence du Conseil économique et social. Cet organisme consultatif donne son avis sur les propositions et les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que, plus généralement, sur tout problème de caractère économique ou social qui lui est soumis. Il est saisi par le gouvernement, qui doit obligatoirement le consulter sur tout plan ou sur tout projet de loi de programme à caractère économique ou social, à l'exception des lois de finances. Un membre du Conseil peut être chargé d'exposer l'avis de cet organisme devant les assemblées parlementaires.

---

1. Expression fréquemment utilisée dans la pratique pour désigner le Conseil d'État (et aussi le Sénat).
2. À laquelle s'ajoute depuis 1992 une nouvelle modalité de consultation (organisée aujourd'hui par la circulaire du 22 novembre 2005) (*JO* 25 nov.) dans le cadre de l'application de l'article 88-4 de la Constitution. En effet, le gouvernement a décidé de soumettre au Conseil d'État les projets d'actes communautaires préalablement à leur transmission au Parlement, afin de déterminer si ces actes comportent des dispositions relevant en droit interne du domaine de la loi, auquel cas, ils doivent être communiqués au Parlement (contrairement aux dispositions qui relèvent du pouvoir réglementaire).
3. V. *supra*, dossier 2, p. 47.
4. Ses travaux sont disponibles sur www.ces.fr

En ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement du Conseil économique et social, l'ordonnance du 29 décembre 1958 a notamment été modifiée par une loi organique en 1984. Le premier de ces textes permet au Conseil d'appeler, de sa propre initiative, l'attention du gouvernement sur les réformes qui lui paraissent de nature à favoriser la collaboration des différentes catégories professionnelles entre elles, à assurer leur participation à la politique économique et sociale, à provoquer les adaptations rendues nécessaires par le développement des techniques nouvelles. Le second modifie la composition de cette assemblée qui comprend désormais 231 membres dont 69 représentants des salariés et 72 représentants des entreprises, désignés par les organisations professionnelles les plus représentatives ainsi que 40 personnalités qualifiées dans le domaine économique, social, scientifique ou culturel. Ils se répartissent en neuf sections [1] au sein desquelles sont élaborés les rapports, projets d'avis, études qui sont soumis ensuite, le cas échéant, à l'assemblée plénière [2].

Section 4
Les autorités administratives indépendantes [3]

C'est en 1978 que le législateur a utilisé pour la première fois la qualification d'**autorité administrative indépendante** (AAI) en créant la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL). Cette nouvelle formule a suscité quelques interrogations et réserves, notamment en raison du problème de sa compatibilité avec l'article 20 de la Constitution : une autorité administrative peut-elle être indépendante ? Mais le Conseil constitutionnel n'a pas censuré l'idée d'indépendance, tout en précisant certaines limites. Depuis les années 1980, la création d'institutions indépendantes, agissant au nom de l'État mais non subordonnées au gouvernement, a connu un net développement. Toutefois, si elles sont aujourd'hui nombreuses, elles peuvent difficilement être considérées comme constituant une véritable catégorie juridique. En effet, l'ensemble se caractérise par son hétérogénéité. D'une part, leur multiplication est accompagnée d'une diversité quant à leur qualification (§ 1) ; d'autre part, la diversité se retrouve dans les statuts, les missions et les pouvoirs, qui sont fort variables (§ 2).

---

1. Affaires sociales ; travail ; économies régionales et aménagement du territoire ; cadre de vie ; finances ; relations extérieures ; activités productives, recherche et technologie ; agriculture et alimentation ; questions économiques générales et conjoncture.

2. Si l'on en croit une enquête du journal *Le Monde* du 5 janvier 2006, p. 18-19, « la plupart des conseillers reconnaissent que la composition du CES ne correspond plus à l'image de la société ». De fait, à cette date, comme en d'autres assemblées, « avec 63 sièges, les femmes y sont ultra minoritaires et, avec 31 membres, l'agriculture est surreprésentée ».

3. Office parlementaire pour l'évaluation de la législation, *Rapport P. Gélard sur les autorités administratives indépendantes*, 2006, sites internet de l'Assemblée nationale et du Sénat. Et : Section du rapport et des études du Conseil d'État, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE* 1983-1984, p. 15 (rapport rédigé par F. Gazier et Y. Canac) ; Conseil d'État, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », *EDCE* n° 52 ; M.-J. Guédon, *Les Autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1991 ; M. Gentot, *Les Autorités administratives indépendantes*, 2e éd., Montchrestien, coll. « Clefs », 1998 ; N. Decoopman (dir.), *Le désordre des autorités administratives indépendantes. L'exemple du secteur économique et financier*, PUF, coll. CEPRISCA, 2002.

§ 1. La diversité dans les qualifications

Le nombre des structures indépendantes ne cesse, à l'évidence, d'augmenter. Cependant l'inventaire que l'on peut en dresser reste assez incertain, ou tout au moins assorti de nombreuses nuances. Certes le législateur a créé diverses instances en les qualifiant expressément d'autorités administratives indépendantes. Mais il a aussi institué des structures similaires sans les qualifier : elles sont alors considérées comme telles par analogie. En outre, en 2003, le législateur a apporté une innovation qui n'est pas de nature à réduire l'hétérogénéité de l'ensemble.

– Outre la CNIL, sont par exemple expressément qualifiés *d'autorité administrative indépendante* par le législateur : le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, la Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, la Commission consultative du secret de la défense nationale, l'Autorité du contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, la Commission nationale de déontologie de la sécurité, la Commission nationale du débat public, la Commission nationale des comptes de campagne. Ont été qualifiés d'*autorité indépendante* (et non d'AAI), laissant ainsi supposer, *a priori*, une différence, le Médiateur de la République en 1989, et le Défenseur des enfants (créé en 2000).

– Par analogie ont pu être considérées comme étant des autorités administratives indépendantes (bien que non qualifiées lors de leur création par le législateur), par exemple : la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), le Conseil de la concurrence, la Commission de régulation de l'électricité devenue Commission de régulation de l'énergie (CRE) en 2003 (ayant en charge à la fois le secteur de l'électricité et celui du gaz naturel) [1]. Il faut néanmoins toujours se méfier de ces textes très changeants dont on n'est jamais sûr de connaître la dernière version ! La CADA a été expressément qualifiée d'AAI en 2005. Et la CRE, outre son changement de nom [2], a été dotée de la personnalité morale par la loi de finances rectificative du 30 novembre 2004, mais s'est vue retirer ce statut par la loi de programme du 13 juillet 2005 fixant les orientations de la politique énergétique.

– La personnification de certaines de ces autorités est une nouveauté. En effet, la loi du 1er août 2003 de sécurité financière crée des *« autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale »* (API). Ces autorités se différencient des précédentes à un double titre. L'expression autorité publique tend sans doute à souligner leur spécificité par rapport à l'appareil administratif, ce qui était déjà le but dans la qualification « d'autorité

---

1. En fait, la liste est incertaine, elle est plus ou moins étendue selon les commentateurs (la liste établie dans le rapport du Conseil d'État en 2001, p. 300 et s., énumérait déjà 34 organismes ; quatre n'y figuraient qu'« après hésitation » : la CADA, la Commission de sécurité des consommateurs, la Commission pour la transparence de la vie politique, le Conseil des marchés financiers enfin, que la loi a qualifié d'« autorité professionnelle » et doté de la personnalité morale avant que la cour d'appel de Paris ne le considère comme un « organisme privé » et le Conseil d'État comme un « organisme administratif » -- et qui est disparu en 2003). S'ajoutaient la Commission de contrôle des assurances, la Commission des sondages, la Commission des infractions fiscales, le Conseil de discipline de la gestion financière, la Commission bancaire (de par la loi l'ayant créée en 1984, elle a la nature d'une juridiction lorsqu'elle exerce son pouvoir de sanction, mais elle apparaît comme une AAI dans l'exercice de ses autres missions), etc. Parmi les créations récentes : Haute autorité de lutte conte les discriminations et pour l'égalité (L. 30 déc. 2004), Haute autorité de sûreté nucléaire (L. 13 juin 2006).

2. Changement comparable à celui de l'ART : autorité de régulation des télécommunications créée en 1996 et devenue autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en 2005.

indépendante ». Mais surtout l'attribution de la personnalité morale marque un profond changement : l'une des caractéristiques des AAI est l'absence de personnalité morale [1]. Ainsi la loi réforme la régulation des marchés financiers et institue l'*Autorité des marchés financiers* (AMF) qui est issue de la fusion de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière. Par ailleurs, la réforme de la régulation du secteur des assurances conduit à la création d'une autre autorité publique indépendante (également par regroupement) : la *Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance* [2]. Les justifications de l'attribution de la personnalité morale à ces autorités semblent diverses. Il s'agit surtout de leur donner une plus grande souplesse de gestion (notamment avec des ressources propres), et en même temps de les rendre responsables de leurs agissements. Ce qui n'empêche pas qu'un « même **processus de développement erratique** semble affecter les autorités publiques indépendantes, après avoir marqué la multiplication des autorités administratives indépendantes depuis près de 30 ans » [3].

§ 2. L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES STATUTS, DES MISSIONS ET DES POUVOIRS

Ces « nouvelles magistratures » (qui ne sont pas, du moins pour plusieurs d'entre elles, sans rappeler les organismes juridictionnels, et dont les membres sont parfois qualifiés de « sages »...) sont des instances dont la création a pour objectif une action soustraite aux influences politiques comme aux intérêts économiques et professionnels. Elles ont une double originalité tenant à leur statut et à leur fonction. Toutefois, l'un comme l'autre sont loin d'être homogènes.

– Elles n'ont pas un **statut** uniforme : la composition, les modes de désignation de leurs membres, les éléments garantissant l'indépendance de ceux-ci sont diversifiés. À l'exception du Médiateur de la République et du Défenseur des enfants, les autorités sont collégiales : les effectifs vont de 2 ou 3 à plus de 20 membres. Dans de très nombreux cas elles comprennent des membres des Hautes Juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes), très souvent aussi des « personnalités qualifiées », parfois des représentants d'institutions, et des professionnels du secteur concerné. Les modes de désignation, très variables, forment un tableau d'ensemble complexe : les autorités de nomination sont diverses (Président de la République, Premier ministre, ministre, ou encore Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat...), et l'acte de nomination est parfois conditionné par une procédure de proposition ou de désignation par d'autres autorités. Et les textes manquent souvent de précision quand aux caractères du mandat (importants au regard de l'indépendance) : en principe le mandat est non révocable, mais il n'est pas toujours non renouvelable. Les nouvelles autorités publiques indépendantes se situent nettement en dehors de l'administration d'État et de la hiérarchie qui la gouverne,

---

1. Il est à noter que ces nouvelles personnes publiques ne sont pas des établissements publics. Cela contribue à accentuer la « crise » de la notion d'établissement public : v. F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public » *AJDA* 2003.711 ; v. aussi dossier 6, p. 315 ; et D. Linotte et G. Simoni, « L'autorité des marchés financiers prototype de la réforme de l'État ? », *AJDA* 2004.143.
2. Cette commission est devenue depuis *Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles* (L. 15 déc. 2005, art. 14). Et deux autre autorités publiques indépendantes ont été créées : la *Haute autorité de la santé* (L. 13 août 2004, relative à l'assurance maladie), l'*Agence française de lutte contre le dopage* (L. 5 avr. 2006 – qui transforme le Conseil de prévention et de lutte contre le dopage créé, comme AAI, en 1999).
3. *Rapport P. Gélard*, précité.

du fait de leur personnalité morale. Néanmoins les AAI « classiques » sont aussi dans une situation originale. Toutes ces autorités qui agissent au nom de l'État et ne sont pas dotées de la personnalité juridique, se situent pourtant hors de la hiérarchie de l'Administration : leur indépendance, qui fonde leur existence, est le contraire même de la subordination et donc de la soumission au pouvoir hiérarchique comme à une tutelle. Elles n'en sont pas moins, comme le précise toujours le Conseil constitutionnel, des « autorités administratives », et leur indépendance, certes reconnue, n'est pas absolue. Les autorités gouvernementales gardent des moyens d'action (ne serait-ce que l'attribution de crédits) à l'égard de ces organismes qui, de surcroît, sont soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'État, sauf dispositions législatives contraires (cas, notamment, du Conseil de la Concurrence, qui relève de la cour d'appel de Paris). Cette répartition du contrôle entre les deux ordres de juridiction n'est pas d'une logique très simple dès lors que, pour une même autorité, le contentieux peut être partagé. Ainsi en est-il en matière de marchés financiers où le législateur a distingué les régimes applicables aux professionnels et aux non-professionnels : alors que le juge judiciaire connaissait auparavant de tous les recours contre les actes individuels disciplinaires, les sanctions prises par l'AMF à l'encontre des seuls professionnels relèvent non plus de la compétence judiciaire mais de celle du Conseil d'État [1].

– La **fonction** justificative d'un tel statut reste difficile à cerner. Si les autorités administratives indépendantes présentent des caractéristiques générales qui font qu'elles constituent incontestablement une novation, elles n'ont pas un domaine d'intervention très précisément délimité. Nées d'un mouvement qui procède tout à la fois d'une méfiance vis-à-vis de l'État traditionnel et d'une « aspiration à de nouveaux modes de régulation sociale », elles cherchent à répondre à des *besoins multiples* : « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ; permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ; assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action » [2]. Par suite, s'explique la *diversité des missions*. Toujours selon le Conseil d'État, il y en aurait cinq principales : la médiation, la régulation, la protection des libertés publiques, la garantie de l'impartialité de la puissance publique dans des domaines susceptibles de donner prise au soupçon d'arbitraire, l'évaluation et expertise. S'ajoutent toutefois des « cas ponctuels » (comme celui de l'agence française de lutte contre le dopage) et le constat de l'absence de contenu homogène de ces missions, qui de surcroît se recoupent. Même la mission de régulation qui paraît présenter une plus grande unité de contenu se révèle vite des plus incertaines. Elle a pu être décrite, dès le début des années quatre-vingt, comme « intermédiaire entre le choix des politiques, qui n'appartient qu'aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services qui est l'affaire des administrations placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premières ». « Sans être en rien juridictionnelle, précisait-on, elle nécessite des vertus de neutralité, d'équité et d'humanité qui s'apparentent jusqu'à un certain point à celles que l'on attend d'un

---

1. Ce qui fait du contentieux des AAI une nouvelle illustration des difficultés liées au dualisme juridictionnel (v. A. Van Lang, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005.1760).
2. Conseil d'État, Rapport public 2001, p. 257 et p. 275.

juge » [1]. Cela ne saurait suffire à la définir précisément, d'autant que, quelle que soit la mission assignée, force est de constater l'*hétérogénéité des pouvoirs* dont disposent les autorités. Certaines ne disposent pas d'un pouvoir de décision (par exemple, le Médiateur de la République) alors que d'autres au contraire ont d'importants pouvoirs de contrainte. Ainsi, selon les cas, les moyens d'action sont plus ou moins étendus : ils vont des réponses aux demandes des administrés, recommandations, avis ou propositions, autorisations ou agréments, rapports dont la diffusion permet de sensibiliser l'opinion, jusqu'à la participation à l'élaboration de réglementations et au contrôle de leur respect avec l'exercice d'un pouvoir de sanction administrative [2].

Il n'empêche que, dans l'ensemble, ce sont les autorités de régulation [3] qui tendent à se développer le plus. Elles ont pris toute leur importance avec l'ouverture à la concurrence de grandes activités de service public, et sous l'influence des instances européennes préconisant une séparation entre le « régulateur » d'un secteur et les « opérateurs » (afin de garantir l'impartialité dans le jeu de la concurrence). La CRE et l'ARCEP attestent cette évolution. Dans les années à venir, un même processus d'ouverture à la concurrence pourrait conduire à retenir la formule pour des secteurs comme les transports ferroviaires. Il est aussi permis de penser que tel ou tel nouveau problème précis qui se posera ne manquera pas de susciter encore la création de nouvelles autorités administratives indépendantes : en raison peut-être de ce que le Conseil d'État a pu appeler l'**« ambiguïté magique »** de la formule [4].

---

1. Rapport F. Gazier et Y. Canac (cité p. 199, note 3).
2. Le Conseil constitutionnel a précisé dans sa jurisprudence les limites du pouvoir réglementaire pouvant être attribué aux autorités administratives, ainsi que les conditions dans lesquelles peut être exercé le pouvoir de sanction : CC 18 sept. 1986 (*JO* 19 sept. 1986) (au sujet de la Commission nationale de la Communication et des libertés, aujourd'hui remplacée par le CSA) ; CC 17 janv. 1989 (*JO* 18 janv. 1989) (CSA) ; et, confirmant ces décisions, CC 23 juill. 1996 (*JO* 27 juill. 1996) (ART). V. *supra*, p. 163, sur le pouvoir réglementaire, et *infra,* p. 499, sur les sanctions. Diverses autorités disposent ainsi tout à la fois d'un pouvoir réglementaire (les règlements étant, pour plusieurs, soumis à homologation du ministre) et d'un pouvoir de sanction : par exemple, le CSA, l'ARCEP, la CRE, l'AMF.
3. Concernant la définition de la régulation, v. *infra, Pour approfondir,* p. 225.
4. Rapport précité de 2001, p. 380.

Chapitre 2

La déconcentration

L'un des maux les plus apparents du système administratif français a longtemps été la **concentration des pouvoirs**, c'est-à-dire « l'incapacité de régler sur place aucune affaire importante », selon l'expression de Jean-François Gravier qui ajoute « qu'on voit « monter à Paris », des vétilles de caractère si évidemment local que les décisions ministérielles ne peuvent guère qu'entériner, moyennant une perte de temps variable, les propositions des services départementaux » [1].

La **déconcentration** tente de remédier à ce défaut. Elle consiste à *donner compétence pour prendre certaines décisions à des organes qui exercent leurs fonctions dans une circonscription déterminée et qui demeurent soumis à l'autorité hiérarchique des autorités centrales* [2].

Une telle politique paraît s'imposer avec évidence mais elle présente une grande complexité et a connu de nombreuses difficultés dans sa réalisation depuis le XIXe siècle (Section 1). Toutefois, des textes récents paraissent donner une nouvelle impulsion à la déconcentration au profit des préfets et donc créent l'espoir d'une administration plus efficace, à défaut de toujours convaincre (Section 2).

Section 1
La difficulté de déconcentrer

Il est difficile de déconcentrer dans le contexte de forte centralisation qui marque l'histoire de la France comme Alexis de Tocqueville l'a lumineusement démontré [3]. Quant aux obstacles précis à une vraie déconcentration, ce sont :

– la complexité de la législation et de la réglementation, qui rend difficile leur application par les agents des services déconcentrés ;

---

1. J.-F. Gravier, *Paris et le désert français*, Flammarion, 1947.
2. Ainsi définie, la déconcentration est un aménagement de la centralisation, et doit être bien distinguée de la décentralisation : V. cette question *infra*, dossier 5. Elle est de la compétence du pouvoir exécutif (introduction de ce dossier, p. 182, note 2).
3. Même si les historiens d'aujourd'hui, avec des sources renouvelées, contredisent nombre de ses analyses, il faut lire ou relire « L'Ancien Régime et la Révolution », *Œuvres*, Gallimard, « La Pléiade », t. 3,2004 ; ou *Tocqueville*, Robert Lafont, coll. « Bouquins », 1991.

– la méfiance psychologique des supérieurs qui hésitent à déléguer leurs pouvoirs ;

– la politisation des questions administratives par la volonté conjuguée des parlementaires et de leurs mandants qui essaient de passer par leur intermédiaire pour obtenir des faveurs ou la simple application des textes ;

– la faiblesse du pouvoir central qui, de ce fait, a peur de confier des prérogatives à des autorités qu'il craint de ne pas pouvoir contrôler ;

– les insuffisances du département comme cadre de déconcentration ;

– le faible attrait de cette formule qui n'a pas les charmes politiques de la décentralisation, etc.

Pour réussir, il est certain qu'une politique de déconcentration doit présenter quelques caractéristiques assez évidentes [1].

1. La déconcentration **doit porter sur des matières importantes**. La bonne solution consiste à appliquer le principe de subsidiarité, c'est-à-dire à considérer que les *autorités déconcentrées sont compétentes de droit commun* et que l'échelon central n'exerce que des pouvoirs d'attribution. En d'autres termes, la règle doit être le traitement des affaires sur place, l'intervention du niveau central étant l'exception.

2. En outre, le transfert de pouvoir **doit s'accompagner d'un transfert des moyens** : en particulier, il faut que l'échelon déconcentré soit doté d'un *personnel de qualité* et aussi d'installations et matériels convenables (notamment en informatique).

3. Enfin, la déconcentration de la préparation et du contrôle des décisions **doit éviter la remontée des dossiers** auprès des autorités centrales soit pour consulter tel ou tel organisme national soit pour vérifier la régularité voire l'opportunité des actes accomplis par les autorités déconcentrées.

On recule parfois devant toutes ces difficultés. Pour se consoler, on se dit alors avec Odilon Barrot qu'après tout, *la déconcentration n'est guère utile* : que le préfet ait compétence ou que ce soit le ministre, « c'est toujours le même marteau qui frappe » « même si on a raccourci le manche » [2]. Le préfet n'est que « le prête-nom du ministre », ajoutent certains qui remarquent aussi que, si les grands feudataires avaient été choisis par les rois, ils ne leur obéissaient pas toujours tandis que les préfets s'inclinent sans exception devant les ordres du gouvernement. Tout cela revient à *oublier les défauts de la concentration* qui, pourtant :

– alourdit les procédures et allonge les délais ;

– méconnaît les circonstances locales ;

– dilue les responsabilités et étouffe l'esprit d'initiative ;

– provoque des gaspillages, etc.

---

1. Sur la politique de déconcentration, v. notamment : *Regards sur l'actualité*, n° 313, août-sept. 2005, « La réforme de l'État territorial » ; Rapport de la Cour des comptes, *La déconcentration des administrations et la réforme de l'État*, éd. des journaux officiels, 2003 ; M. Piron, *Rapport sur l'équilibre territorial des pouvoirs* (avec un chapitre sur « Le malaise de l'État territorial »), 2006, Assemblée nationale, site internet.
2. *De la centralisation et de ses effets*, 1861.

En outre, il existe **un lien entre la décentralisation et la déconcentration**. En effet, doter les collectivités infra-étatiques de larges pouvoirs de décision propres soulève inévitablement la question de l'unité nationale et celle de l'autorité de l'État. La déconcentration corrige les principaux risques de déviation de la décentralisation. La présence de représentants de l'État, dépositaires de son autorité, aux côtés des élus locaux, assure la sauvegarde de la cohérence générale tout en permettant une adaptation aux nécessités locales. Il est certain que « la logique de la décentralisation impose à l'État un niveau de correspondance qui ne peut plus être le niveau central mais celui des collectivités territoriales » [1].

Section 2
Les expériences françaises

La loi du 28 pluviôse an VIII conférait aux préfets une compétence générale au niveau de leur département mais les ministres concentrèrent, en réalité, la plupart des pouvoirs de décision. Pour réagir, en 1852 et en 1861, le Second Empire tout en parlant de décentralisation opéra en réalité une déconcentration [2]. Les mesures ainsi prises permirent aux préfets d'affirmer leur prééminence sur les services administratifs de leur circonscription. Ils reçurent, en effet, le pouvoir de nomination d'assez nombreux fonctionnaires. Mais la pratique a tendu à freiner nettement les transferts de pouvoir et apparemment le problème de la concentration excessive de l'Administration ne fut pas résolu pour autant. Des décrets-lois intervinrent en 1926, puis le gouvernement de Vichy reprit la même politique avec d'autant plus de vigueur qu'il entendait par ailleurs mettre un terme aux libertés des collectivités locales. Après la Libération, et dans une toute autre perspective, divers textes furent publiés. Mais la propension à la concentration des pouvoirs a toujours continué à se manifester. Ainsi les services extérieurs des administrations centrales ont-ils constamment, malgré les textes, réintroduit une liaison hiérarchique verticale conduisant à la remontée des dossiers et donc des décisions vers Paris. Le rôle du préfet comme support essentiel de la déconcentration du pouvoir d'État a toujours été assez mal admis par les diverses administrations spécialisées.

Les réformes entreprises sous la Ve République n'en ont pas moins eu pour objet de consolider la déconcentration au profit du préfet.

Des **décrets de 1964** [3] ont renforcé ses pouvoirs à l'égard des services de l'État qu'il « anime et coordonne ». Au niveau du département, les principes sont martelés : le préfet,

---

1. P. Bernard, *L'État et la décentralisation : du préfet au commissaire de la République*, La Documentation française, 1983 (du même auteur, à la lumière d'une longue expérience de préfet, *Au nom de la République*, Éd. Odile Jacob, 2001).
2. Napoléon III affirmait dans les motifs du décret sur la décentralisation administrative de 1852 : « On peut gouverner de loin mais on n'administre bien que de près ». Alors, comme on l'a souvent écrit, la déconcentration est pratiquée sans être qualifiée. Ce n'est qu'en 1865 que Léon Aucoc (*Introduction à l'étude du droit administratif*) établit une distinction entre décentralisation et déconcentration » ; v. G. Sautel, « Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif : aux origines du terme *déconcentration* », *Mélanges offerts à G. Burdeau*, LGDJ, 1977.
3. Décret du 14 mars 1964 relatif aux pouvoirs des préfets à l'organisation des services de l'État dans les départements et à la déconcentration administrative (*JO* 20 mars 1964) ; décret du 14 mars 1964 relatif à l'organisation des services de l'État dans les circonscriptions d'action régionale (*JO* 20 mars 1964).

dépositaire de l'autorité de l'État, est le délégué du gouvernement et le représentant direct de chacun des ministres. Dans la région, le rôle du préfet est moindre, bien qu'il soit chargé de mettre en œuvre la politique de développement économique et d'aménagement du territoire et que, pour cela, il anime, contrôle et coordonne les administrations civiles de sa circonscription. Finalement la pratique a encore révélé la difficulté d'instaurer une réelle déconcentration, « centralisée » entre les mains du préfet. Le « pouvoir d'attraction » des administrations centrales est resté fort, et les chefs des services extérieurs ont continué d'être pris dans l'engrenage de la remontée des dossiers à Paris.

C'est pourquoi les réformes ont succédé aux réformes. D'abord sont intervenus deux **décrets de 1970 :** l'un concernait les investissements publics et avait pour objet de réaliser une délégation de pouvoir des ministres aux préfets ; l'autre portait sur le contrôle financier afin de l'alléger et de le déconcentrer au profit des trésoriers-payeurs généraux [1].

Ces décrets ont été suivis par les **décrets de 1982** [2] qui, en raison des réformes apportées par la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation, ont redéfini les attributions des préfets.

Alors la politique de déconcentration s'est trouvée étroitement liée à celle de décentralisation. Le législateur a voulu qu'une large déconcentration constitue le complément indispensable de la politique de décentralisation. En effet, si la loi du 2 mars 1982 a confié aux élus l'exécutif des départements et des régions, elle a affirmé parallèlement dans ses articles 34 et 79 l'unité de la représentation de l'État. Il s'agit de préserver la cohérence de l'action étatique, notamment par la présence, à côté de collectivités dotées de pouvoirs importants, d'un représentant de l'autorité centrale vraiment opérationnel. Cette nécessité conduit à « centraliser » au niveau du département et de la région les pouvoirs déconcentrés au profit du préfet qui est, en outre, l'interlocuteur unique des élus locaux.

Un nouveau mouvement de déconcentration est entrepris. Il est créé un *Comité interministériel de l'administration territoriale* (CIATER), chargé de délibérer sur l'organisation de l'administration à ses différents échelons, et notamment de proposer toutes mesures de déconcentration des pouvoirs détenus par les ministres [3]. Cette action semble se concrétiser avec une succession de mesures de déconcentration dans diverses matières mais, malgré ces efforts, les échecs du passé inspirent un certain scepticisme quant aux chances d'une véritable déconcentration.

Cependant à partir de 1989 une relance de la politique de déconcentration aboutit à des réformes qui ont *a priori* une portée considérable dans l'organisation de l'Administration d'État.

---

1. Décret du 13 novembre 1970 portant déconcentration des décisions de l'État en matière d'investissements publics (*JO* 15 nov. 1970) ; décret du 13 novembre 1970 relatif à la déconcentration du contrôle financier sur les dépenses de l'État effectuées au plan local (*JO* 15 nov. 1970) ; et *infra*, p. 208, note 4, pour les modifications ultérieures.
2. V. *infra*, chapitre 3, p. 214 (ces décrets ont été abrogés et remplacés par un décret du 29 avril 2004).
3. Le CIATER a été réorganisé par le décret du 1er juillet 1992 portant charte de la déconcentration. En outre, un décret du 15 janv. 1993 a créé un Comité pour la réorganisation et la déconcentration des administrations, chargé de coordonner les projets de déconcentration élaborés par les ministères. Ces structures ont été relayées par d'autres en raison du développement de la politique de réforme de l'État. V. *supra*, p. 21.

La circulaire du Premier ministre (M. Rocard) du 23 février 1989 relative au renouveau du service public faisait de la déconcentration l'un des axes essentiels de la modernisation de l'Administration. Et par la suite la **loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République** fut une étape décisive [1] : a été inversée la règle de répartition des compétences entre les administrations centrales et les services déconcentrés. Désormais « sont confiées aux administrations centrales les seules missions qui présentent un caractère national ou dont l'exécution, en vertu de la loi, ne peut être déléguée à un échelon territorial » (art. 2). C'est l'esprit de la *subsidiarité*. Selon les termes de la **Charte de la déconcentration** [2] prévue par la loi, « la déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'État » (art. 1er). Il s'ensuit que, sauf exceptions, les services déconcentrés sont responsables de la mise en œuvre des politiques de l'État.

En conséquence, les administrations centrales n'ont plus que des compétences d'attribution : elles « assurent au niveau national un rôle de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle » [3]. On notera toutefois que cette formulation générale laisse une souplesse pour la définition des tâches qui leur incombent. Quoi qu'il en soit, l'essentiel de la mise en œuvre des politiques publiques doit être accompli au niveau de la circonscription régionale (échelon dont le rôle est renforcé), de la circonscription départementale, et, de façon plus limitée, de l'arrondissement. Les attributions respectives sont énoncées dans le chapitre 3 de la charte.

Une telle action en profondeur implique une ample restructuration des services, qu'ils soient centraux ou déconcentrés. Le processus en cours est loin d'être achevé, appelant, d'une part, des réformes à caractère structurel qui bouleversent des traditions, d'autre part une redistribution de certains pouvoirs, ce qui constitue une opération juridiquement complexe [4]. La déconcentration s'opère ainsi peu à peu. Une étape importante a été franchie avec le **décret du 15 janvier 1997** [5] : il pose le principe de la compétence du préfet, à compter du 1er janvier 1998, pour prendre l'ensemble des *décisions administra-*

---

1. *JO* 8 févr. 1992. Remarquer son titre. Marquant le lien entre déconcentration et décentralisation, l'article 1 précise que cette « administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'État ». Noter aussi la nouvelle qualification donnée aux services de l'État. Jusque-là, ils n'étaient que « services extérieurs » d'une administration centrale, ce qui en faisant de simples relais de celle-ci. Devenus « services déconcentrés », ils participent en tant que tels à l'accomplissement des missions de l'État.
2. Décret du 1er juillet 1992 portant charte de la déconcentration (*JO* 4 juill. 1992). Sur les corrections apportées en 1997 et la reconnaissance de services à compétence nationale qui ne sont ni centraux ni déconcentrés, voir l'introduction de ce dossier, p. 182.
3. « Ces fonctions de régulation, a précisé la circulaire du Premier ministre (A. Juppé) du 26 juill. 1995 (*JO* 28 juill.), doivent être clairement distinguées du rôle d'opérateur qui consiste à gérer, à appliquer des réglementations ou à servir des prestations ».
4. Sur les aspects financiers, qui ne sont pas les moins complexes, v. les ouvrages de finances publiques. Dès 1982, il y a eu abrogation du décret du 13 novembre 1970 relatif aux *investissements publics* et réaffirmation de la volonté de poursuivre en la matière la déconcentration (décret du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs de préfet de région, à l'action des services et organismes publics de l'État dans la région et aux décisions de l'État en matière d'investissements publics). Depuis la déconcentration du pouvoir de décision en matière d'investissements publics a connu plusieurs réformes. La dernière renforce encore les pouvoirs du préfet de région : décret du 20 octobre 1999 relatif aux attributions des préfets de région (*JO* 23 oct. 1999), et décret du 21 déc. 1999 portant classement des investissements civils d'intérêt national exécutés par l'État ou avec une subvention de l'État (*JO* 29 déc. 1999). V. aussi *infra*, p. 221.
5. Décret du 15 janvier 1997 relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles (*JO* 18 janv.) ; et circulaire Juppé du 7 mars 1997 (*JO* 13 mars).

tives individuelles entrant dans le champ de compétence des administrations civiles de l'État, à l'exception de celles concernant les agents publics. Des dérogations à cette compétence de droit commun au profit soit des ministres soit d'autres autorités déconcentrées restent possibles. Comme elles risquent de compliquer un schéma d'ensemble qui se veut simple, elles sont exceptionnelles. Ainsi, des décrets en Conseil des ministres fixent la liste des décisions qui sont prises par les ministres ou par décret [1].

Quant au mouvement de réorganisation des administrations centrales et de renforcement de leur capacité à assumer leurs responsabilités stratégiques, il a trouvé une nouvelle impulsion avec la circulaire du Premier ministre (L. Jospin) du 3 juin 1998 relative à la préparation des *programmes pluriannuels de modernisation des administrations* [2].

Afin que ces administrations tirent pleinement les conséquences de cette politique dans les relations qu'elles entretiennent avec les services déconcentrés, est encore intervenue une circulaire du même Premier ministre du 8 janvier 2001 relative aux *directives nationales d'orientation*. Là où tendaient à s'accumuler les circulaires et instructions sectorielles, il s'agit de faire en sorte que l'ensemble de l'action relevant d'un ministère se traduise par une seule directive susceptible de constituer « un cadre cohérent et clairement hiérarchisé de priorités pour l'action du gouvernement dans un domaine déterminé ». À l'occasion, l'accent est encore mis sur la nécessité de « recourir plus largement aux procédures contractualisées entre administrations centrales et services déconcentrés » et sur l'importance de l'évaluation des actions menées [3].

Il reste qu'en dépit de ce mouvement de modernisation le bilan de la politique de déconcentration engagée depuis les années 1990 apparaît contrasté. Tel est le *constat effectué par la Cour des comptes,* dans son rapport publié en novembre 2003. La déconcentration a été très inégale selon les ministères, et, d'une façon générale, souligne la Cour « la politique de déconcentration, longtemps présentée comme l'un des axes essentiels de la réforme de l'État, ne semble pas avoir été menée avec la constance et la rigueur susceptibles d'en garantir le succès ». Or les enseignements que les autorités de l'État doivent tirer de ces insuffisances sont d'autant plus utiles que de nouvelles difficultés se présentent. En effet, l'application de la **loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances** nécessite une nouvelle approche de l'action territoriale en lien avec la réforme de la gestion publique (mise en place des missions et programmes budgétaires ministériels, responsabilisation des gestionnaires tant centraux que territoriaux).

En 2005, le *rapport Pébereau* s'interroge à son tour sur les conditions de mise en œuvre de la déconcentration [4]. Le renforcement de la décentralisation, engagé par la réforme

---

1. Décrets des 19 et 24 décembre 1997, avec la circulaire Jospin du 24 décembre 1997 (*JO* 27 déc.). V. l'analyse de cette réforme par P. Fraisseix, « La déconcentration des décisions administratives individuelles », *AJDA* 1999.113. La réorganisation des services déconcentrés a aussi fait l'objet de diverses mesures (V. *infra*, p. 216 et 221).
2. *JO* 9 juin 1998.
3. *JO* 17 janv. 2001 (en matière d'évaluation, il est précisé que les directives doivent tout à la fois inciter et aider les services déconcentrés à élaborer des tableaux de bord et être l'occasion de définir ou préciser les dispositifs de retour d'informations vers les administrations centrales).
4. Commission présidée par M. Pébereau, *Rompre avec la facilité de la dette publique. Pour des finances publiques au service de notre croissance économique et de notre cohésion sociale*, La Documentation française, Rapport officiel, 2005, p. 94 : « Coexistent en effet aujourd'hui dans la plupart des ministères des structures au niveau régional, départemental, voire en deçà (sous-préfectures, subdivisions de

constitutionnelle du 28 mars 2003, avec de nouveaux transferts de compétences vers les collectivités territoriales, constitue pourtant un puissant facteur de réforme auquel il est difficile de résister. Dès lors qu'en vertu de la loi du 13 août 2004 plus de 18 000 kilomètres de routes nationales sont transférées aux départements, force est d'effectuer à leur profit un transfert des services des directions départementales de l'équipement (DDE) jusque là compétents et ce qui reste de ces services de l'État ne peut qu'être réorganisé [1].

l'équipement...) sans que leur nécessité apparaisse aussi clairement que dans le passé, lorsqu'elles permettaient de couvrir un territoire et une population alors largement ruraux. Rien ne permet en outre d'affirmer que la décentralisation vers les collectivités territoriales se soit accompagnée d'une révision systématique à la baisse des moyens des administrations déconcentrées ».

1. Ce que font deux décrets du 16 mars 2006 (*JO* 17 mars) : création notamment de 11 directions interdépartementales des routes (DIR) et transformation des directions régionales dans lesquelles doivent être installés 21 services de maîtrise d'ouvrage (SMO). V. N. Merley, « La mise en œuvre du transfert des routes nationales et des services des DDE », *AJDA* 2006.805.

Chapitre 3

Les services déconcentrés

Les **services déconcentrés** sont formés des autorités et des agents qui dépendent d'un ministère et qui sont répartis sur le territoire, avec de plus ou moins grands pouvoirs de décision. Ils sont généralement spécialisés : en principe, chacun d'entre eux n'a que des attributions concernant une catégorie d'affaires déterminée.

Ces *organes non centraux* sont soumis au *pouvoir hiérarchique* de l'administration centrale. Leur action s'inscrit dans un cadre qui est une *circonscription administrative*, et l'ensemble de ces ressorts territoriaux définit la géographie administrative de l'État. En simplifiant beaucoup, on peut s'en tenir à deux sortes de services : **les services départementaux** et **les services régionaux.**

Il ne faut pas oublier pour autant **l'arrondissement,** qui est un paradoxe de l'Administration française. Cette circonscription a été vivement critiquée et le fonctionnaire qui en a la charge, **le sous-préfet,** a été souvent considéré comme un oisif (pas seulement dans la fameuse ballade d'Alphonse Daudet : *Le Sous-Préfet aux champs*...). Or la réalité est très différente : les historiens ont remarqué que l'arrondissement correspond à une structure sociologique, le pays ; les économistes ont souligné l'intérêt de certains chefs-lieux d'arrondissement comme pôles de développement, les juristes partisans de la région ont insisté sur la place qui devait revenir à l'arrondissement dans le cadre d'une réforme régionale afin de maintenir un échelon de l'administration générale au contact des administrés. D'ores et déjà, la charte de la déconcentration en fait « le cadre territorial de l'animation du développement local et de l'action administrative locale de l'État » (art. 5). C'est là — même si les circonscriptions ne sont pas toujours très adaptées — que sont mises en œuvre les politiques publiques et que peuvent s'organiser des partenariats entre les collectivités locales, l'État et tous autres intervenants.

Section 1
Les services départementaux

Ils comprennent, dans chaque département, sous l'autorité du préfet, la *préfecture,* les *directions départementales* (équipement, agriculture, action sanitaire et sociale, etc.), et les échelons subordonnés comme les sous-préfectures et les services qui fonctionnent dans le cadre de l'arrondissement, du canton ou même de la commune (le maire exerce certaines fonctions en tant qu'agent de l'État).

§ 1. L'avènement du département

Par réaction contre la complexité des structures de l'Ancien Régime, la Révolution invente le département et le Consulat y installe une administration centralisée à l'extrême [1].

A. La Révolution

L'Assemblée nationale constituante a divisé la France en départements par la loi des 26 février et 4 mars 1790 à la suite d'une longue série de discussions qui avaient commencé dès juillet 1789.

Deux conceptions se sont opposées.

Thouret voulait que l'on appliquât sur la carte de France un quadrillage régulier. L'article premier de son projet disposait : « La France sera partagée en divisions de 324 lieues carrées chacune, c'est-à-dire de 18 lieues de longueur sur 18 lieues de largeur, autant qu'il sera possible à partir de Paris comme centre et en s'éloignant en tous sens jusqu'aux frontières du royaume. Ces divisions seront appelées départements. »

Mirabeau obtint que l'on prît en considération les données géographiques, les intérêts économiques et les traditions historiques. « Je voudrais, disait-il, une division matérielle et de ce fait, propre aux localités, aux circonscriptions et non point une division mathématique presque idéale et dont l'exécution me paraît impraticable. »

On partagea le territoire en 83 départements. Leurs limites furent fixées après avis des représentants des régions intéressées ou bien même des populations directement consultées, comme dans le Poitou. La place du chef-lieu fut choisie de telle sorte que tous les habitants puissent s'y rendre à cheval en une seule journée, mais des rivalités entre des villes voisines provoquèrent bien des difficultés : Marseille se révolta pour que le chef-lieu des Bouches-du-Rhône ne fût pas Aix, et, un moment, on imagina même une sorte de rotation entre les cités du département, chacune d'elles étant chef-lieu pour un temps déterminé. Enfin, on donna à chaque département une appellation le plus souvent d'origine géographique.

L'œuvre de la Constituante a été durable. Incontestables « lieux de mémoire » [2], les départements n'ont guère été modifiés depuis 1790. Actuellement, il y en a 96 en métropole et 4 outre-mer (Guadeloupe, Martinique, Réunion, Guyane). Dès lors qu'il est question de les modifier ou, pire encore, de transformer l'ensemble d'une carte administrative souvent jugée complexe et inadaptée (aussi bien en ce qui concerne les circonscriptions administratives de l'État que les collectivités territoriales) resurgissent,

---

1. À propos de l'Ancien Régime, v. S. Soleil et L. Jaume, « Centralisation/Décentralisation. Retour sur quelques certitudes historiques », *AJDA* 2005.760 : alors qu'à la lecture de Tocqueville, les intendants ont longtemps été présentés comme préfigurant, dans le cadre des généralités, les préfets, ils insistent sur ce qui les distingue, « tant dans leur nature que dans leur activité concrète ».
2. M. Roncayolo, « Le département », dans *Les lieux de mémoire. La République. La Nation. Les France* (P. Nora, dir.), 3 volumes, Gallimard, coll. « Quarto », 1997, p. 2937.

d'une manière ou d'une autre, pour s'opposer, les conceptions dont Thouret et Mirabeau restent les principaux symboles [1].

B. Le Consulat

La loi du 28 pluviôse an VIII (17 février 1800) établit, dans le nouveau cadre départemental, une hiérarchie administrative soumise étroitement au pouvoir central : *un préfet* nommé par le Premier Consul et révocable par lui, *un conseil général* et *un conseil de préfecture* dont les membres sont également choisis par le chef du gouvernement [2].

« Le **préfet** sera seul chargé de l'administration », dit simplement l'article 3 de la loi du 28 pluviôse an VIII. L'imprécision de ce texte témoigne du désir de Bonaparte de conforter une tradition centralisatrice et de donner aux préfets une puissance que les intendants de l'Ancien Régime n'ont jamais eue. Ils sont d'autant plus puissants qu'ils sont débarrassés des parlements et des États provinciaux qui souvent, se dressaient contre ceux-ci.

Le **conseil général** est un organe qui joue essentiellement le rôle de conseiller du préfet. Par ailleurs, il répartit les contributions directes entre les arrondissements et vote les centimes additionnels. Il se réunit chaque année en une seule session de quinze jours, nomme son président et ses secrétaires.

Le **conseil de préfecture** est un juge plus qu'un administrateur. Il intervient lorsque des procès naissent à propos des impôts directs, des travaux publics, de l'utilisation des voies publiques, etc.

Ainsi, Bonaparte introduit dans la circonscription révolutionnaire une totale centralisation du pouvoir. Les XIXe et XXe siècles ont respecté ce principe, en ce sens que le département et le représentant du gouvernement à ce niveau restent les supports essentiels de l'administration d'État.

§ 2. Le représentant de l'État dans le département : le préfet

Les services déconcentrés installés dans le département sont coordonnés et, en principe, dirigés par le **préfet**.

Jusqu'en 1982, il ne faisait, selon les termes d'un décret de 1964 [3], qu'« animer et coordonner » ces services. Il était, par ailleurs, l'organe exécutif du département en tant que collectivité territoriale. La volonté de déconcentrer a conduit à parler de direction là où il n'était question que d'animation et coordination. Quant à la volonté de décentraliser,

---

1. V. S. Aromatorio, « Michel Debré et la décentralisation », *Pouvoirs locaux*, n° 65, II/ 2005, p. 153. Devenu Premier ministre, Michel Debré « espère enfin pouvoir concrétiser la réorganisation de la carte administrative » : « son idéal est un découpage de collectivités artificielles qui permet de redessiner à loisir (cette) carte administrative ». Il doit alors composer avec le général de Gaulle attaché, quant à lui, à ne pas négliger les réalités diverses, géographiques et historiques.
2. V. *La loi du 28 pluviôse an VIII. Deux cents ans après : survivance ou pérennité ?*, PUF, CURAPP, 2001.
3. Décret du 14 mars 1964 (V. *supra,* p. 206).

elle a conduit le législateur [1] à confier la fonction d'exécutif au président du conseil général.

A. Les attributions du préfet

Elles avaient été fixées par un *décret du 10 mai 1982* [2]. Mais en 2004, dans le cadre d'une réforme de l'administration territoriale de l'État, liée à celle de la décentralisation, deux nouveaux textes sont intervenus : le **décret du 29 avril 2004** [3] qui regroupe et modifie les dispositions relatives aux préfets de département et aux préfets de région, ainsi qu'aux services déconcentrés ; la **loi du 13 août 2004** relative aux libertés et responsabilités locales qui, après coup, fixe un cadre général [4].

L'article premier du décret énonce les pouvoirs généraux des préfets (communs aux préfets de départements et préfets de régions) :

– ils sont les dépositaires de l'autorité de l'État,

– ils ont la charge des intérêts nationaux et du respect des lois,

– ils représentent le Premier ministre et chacun des ministres,

– ils veillent à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales,

– ils dirigent, sous l'autorité des ministres, les services déconcentrés des administrations civiles de l'État.

Le décret détermine ensuite les compétences respectives des préfets de région et des préfets de département. L'innovation à souligner, que confirme la loi, est le renforcement du rôle des préfets de région à l'égard des préfets de département, l'échelon régional devenant ainsi le support principal de l'action de l'État sur le territoire [5]. Il n'en reste pas moins que les préfets de département assurent, comme avant, des fonctions importantes, politiques et surtout administratives.

I. Rôle politique

D'une manière générale, le préfet sert d'intermédiaire entre le pouvoir central, les administrés et, plus particulièrement, leurs élus. Il transmet les requêtes aux ministres intéressés, après les avoir étudiées, ce qui lui permet de donner un avis. C'est surtout le

---

1. V. le dossier 5, p. 248.
2. Décret relatif aux pouvoirs du préfet et à l'action des services et organismes publics de l'État dans les départements. Un autre décret du 10 mai 1982 était relatif aux pouvoirs des préfets de région. Ces textes avaient connu des modifications, notamment par le décret du 1er juillet 1992 portant Charte de la déconcentration. Il est à noter que de 1982 à 1988 le titre de préfet avait été remplacé par celui de *commissaire de la République*.
3. Décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements (*JO* 30 avr. 2004).
4. En tant qu'il la complète, le décret du 29 avril 2004 apparaît ainsi comme un décret d'application d'une loi qui lui est postérieure de quelques mois... Il a lui-même fait l'objet d'une circulaire du Premier ministre du 16 juin 2004 (*JO* 13 juill. 2004).
5. Le préfet de région « anime et coordonne l'action des préfets de département ». V., p. 220, les pouvoirs des préfets de régions.

principal agent d'information du gouvernement : il le tient au courant de tout ce qui se passe dans sa circonscription, spécialement des mouvements de l'opinion publique [1].

II. Fonctions administratives

Elles sont très étendues.

En premier lieu, le préfet est **autorité de police administrative** dans son département [2] : il édicte les mesures de police générale nécessaires au *maintien de l'ordre public.* Il assure aussi de nombreuses *polices spéciales :* police des gares et aérodromes, police de la chasse, police des établissements insalubres, etc. Il prend des mesures à l'égard d'individus : prescriptions (expulsion des étrangers, internement d'office d'aliénés dangereux) ou autorisations (depuis les ouvertures d'abattoirs jusqu'à la délivrance des passeports, permis de chasse, permis de conduire et cartes grises...). Il peut même employer la force de police soit pour maintenir l'ordre (en cas de manifestations, par exemple) soit pour exécuter des décisions de justice (expulsion de locataires) [3].

En second lieu, le préfet participe au **contrôle des communes, des départements et des établissements publics** qui ont leur siège dans sa circonscription. L'article 72 de la Constitution, dans sa rédaction actuelle, dispose que « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement, à la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois » [4].

En troisième lieu, le préfet est responsable des **administrations civiles de l'État dans le département** hormis quelques cas : notamment les services de la Justice, l'Éducation nationale, l'Administration fiscale. Pour assumer pleinement cette fonction, il dispose de plusieurs prérogatives. Il a seul qualité pour recevoir des délégations des ministres et il est l'unique ordonnateur secondaire des services déconcentrés de l'État (sauf pour ce qui concerne l'assiette et le recouvrement des impôts et des recettes publiques). Depuis le 1er janvier 1998, c'est lui seul aussi qui, en principe, a compétence pour prendre les

---

1. Il fut un temps où le préfet participait officiellement aux consultations électorales : ainsi Napoléon III s'assura des assemblées favorables grâce aux candidats officiels désignés à l'attention de tous par une affiche blanche et soutenus par le préfet. Sur ce qu'il en est aujourd'hui : S. Manson, « De l'an VIII à l'an 2000 : le préfet est-il encore un “ fonctionnaire politique ” ? », *RDP* 2001.201 (Il est soutenu – ce qui reste discuté – que « si le préfet paraît être encore un “ fonctionnaire politique ”, il l'est sans doute moins que par le passé et probablement pas autant que beaucoup d'autres titulaires d'emplois laissés à la décision du gouvernement »). Et, d'une manière générale, *RFAP* 2000, nº 96, « L'institution préfectorale ».

2. Sur la police administrative, v. dossier 11, notamment p. 512 (à Paris, il y a un préfet de police ; dans certains départements, l'on trouve un préfet adjoint pour la sécurité ; dans d'autres, le préfet est aussi préfet de zone de défense).

3. Il ne participe plus, en tant qu'officier de police judiciaire, au fonctionnement de la justice. La loi du 4 janvier 1993 reformant la procédure pénale a supprimé les pouvoirs de police judiciaire des préfets (art. 148) — sur la police administrative et ce qui la distingue de la police judiciaire, v. dossier 11, p. 509. En revanche, en matière de justice, le préfet a un pouvoir particulier : lorsque l'administration est mise en cause dans un procès devant le juge judiciaire, c'est lui qui a compétence pour élever le conflit d'attribution (dossier 14, p. 653).

4. V. dossier 5, p. 248. La formulation résulte de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003. Outre qu'elle permet de viser les régions et autres collectivités, elle se veut plus juridique et plus précise que le texte initial de 1958 (lequel visait, « dans les départements et les territoires », le « délégué du gouvernement »).

décisions administratives individuelles [1]. Ensuite, il a d'importants pouvoirs en matière d'organisation des services de l'État dans le département. En vue d'accroître l'efficacité de leur action, le préfet peut fixer des moyens affectés à des actions communes à plusieurs services ; il peut aussi désigner un chef de projet chargé d'animer et coordonner l'action de plusieurs services lorsque ceux-ci concourrent à la mise en œuvre d'une même politique (dans cette hypothèse, le préfet a également la possibilité de proposer au gouvernement la fusion de services). Enfin, le préfet peut, pour la conduite durable d'actions communes à plusieurs services déconcentrés, constituer un *« pôle de compétence »* dont il désigne le responsable, ou encore créer une *« délégation interservice »*. L'enjeu est de réaliser la cohérence de l'action de l'État, en évitant le cloisonnement et la dispersion entre les divers services. De plus, la responsabilité du préfet (de département comme de région) quant à l'efficacité du fonctionnement des services déconcentrés est renforcée par l'application de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances : il doit s'assurer de la prise en compte par les services des objectifs fixés, et il est « le garant de la mesure des résultats obtenus » [2].

S'ajoute à ces compétences du préfet de département celle de mettre en œuvre, dans le département, les politiques nationales et communautaires. Toutefois, il est à souligner que dans cette action le préfet de département est subordonné au préfet de région : celui-ci notifie les orientations nécessaires à cette mise en œuvre au préfet de département qui doit s'y conformer dans ses décisions et lui en rendre compte. Ont ainsi été élaborés des **projets d'action stratégique de l'État (PASE)** qui déterminent « la stratégie de mise en œuvre des politiques gouvernementales dans chaque région ou département [3] ; l'élaboration des projets des régions **(PASER)** précédant celle des projets des départements **(PASED)**[4].

Pour exercer ses multiples fonctions le préfet dispose de nombreux collaborateurs (auxquels il peut donner délégation de signature) :

– les *chefs de service déconcentrés* des différents ministères qui sont ses adjoints directs, chacun pour les affaires relevant de sa compétence ;

– le *secrétaire général de la préfecture*, appelé à suppléer le préfet en cas d'absence ou d'empêchement, et associé directement à l'exercice de ses diverses responsabilités ;

– le *directeur de cabinet*, responsable des problèmes relatifs au maintien de l'ordre, et un ou plusieurs *chargés de mission* (nommés pour assurer certaines tâches spécifiques) ;

– les *sous-préfets* qui, sous l'autorité des préfets, représentent l'État dans un arrondissement.

Les **sous-préfets** peuvent être appelés à remplir des tâches diverses (secrétaire général de la préfecture, directeur de cabinet du préfet...), mais ils sont surtout les fonctionnaires chargés de l'administration d'un arrondissement. Collaborateurs des préfets, ils jouent un

---

1. *Supra*, p. 208.
2. Une circulaire du Premier ministre du 16 novembre 2004 (*JO* 24 nov.) a « invité » les préfets de département à élaborer un projet de réorganisation des services. D'autres circulaires, du 28 juillet 2005 (*JO* 2 août) et 2 janv. 2006 (*JO* 6 janv.), ont fait le point sur les propositions formulées, précisant leurs conditions d'application.
3. Circulaire du 13 mai 2004 (*JO* 13 juill. 2004).
4. Projets normalement disponibles sur les sites internet des préfectures.

rôle très important au niveau local : proche des maires, ils peuvent en être les conseillers. Le décret du 29 avril 2004 dispose que le sous-préfet, sous l'autorité du préfet :

– veille au respect des lois et règlements, et concourt au maintien de l'ordre public et de la sécurité et à la protection des populations ;

– anime et coordonne l'action des services de l'État dans l'arrondissement ;

– participe à l'exercice du contrôle administratif et au conseil aux collectivités teritoriales [1].

B. Le statut du corps préfectoral

Les préfets sont nommés par décret du président de la République en Conseil des ministres, sur proposition du Premier ministre et du ministre de l'Intérieur. Ils sont choisis dans une forte proportion parmi les sous-préfets (eux-mêmes issus en majorité de l'École nationale d'administration). Mais leur nomination est un choix discrétionnaire du Conseil des ministres et les emplois qu'ils occupent sont « à la décision du gouvernement » [2].

Ils ont une situation distincte de celle des autres fonctionnaires. Ainsi ne bénéficient-ils pas du droit syndical, mais seulement de celui de former des associations [3], ni du droit de grève. Ils sont astreints à une stricte obligation de réserve et même à un loyalisme total non seulement envers les institutions mais aussi envers le gouvernement en place. La seule garantie dont ils disposent, en cas de procédure disciplinaire, est la communication de leur dossier individuel.

Section 2
Les services régionaux [4]

§ 1. Les raisons d'être de la région

La région est née des insuffisances du département qui serait une **quadruple erreur : historique, géographique, administrative et économique**. On a reproché au département d'être une création artificielle de la Constituante emportée par le démon du rationalisme le plus excessif. On a prétendu aussi que les frontières des départements étaient un véritable défi à la géographie (qui délimiterait des régions « naturelles »). Néanmoins, les arguments essentiels retenus contre le département ont été administratifs et économiques.

---

1. À noter aussi que « le préfet peut lui confier des missions particulières, temporaires ou permanentes, le cas échéant hors des limites de l'arrondissement et, avec l'accord des autres préfets intéressés ou à la demande du préfet de région, hors des limites du département ».
Dans certains départements, outre un préfet adjoint pour la sécurité, il peut encore y avoir, pour assister le préfet, un *préfet délégué pour l'égalité des chances* (Décr. 22 déc. 2005).
2. Article 25 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État (*JO* 12 janv. 1984). Le statut des préfets est fixé par un décret du 29 juillet 1964, et celui des sous-préfets par un décret du 14 mars 1964.
3. Il existe une « Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur » qui publie la revue *Administration*.
4. *Administration* 2005, nº 205, dossier « L'État nouveau en région ».

A. Du point de vue administratif

Le département est apparu comme un échelon insuffisant et les *régions spécialisées* se sont multipliées dans une anarchie remarquable. Le nombre des circonscriptions (et par conséquent, leur étendue) était (et demeure pour une part) très variable. Par exemple, ont coexisté 27 ressorts de cours d'appel, 22 académies, 9 régions militaires, 9 circonscriptions pénitentiaires, 24 ressorts de tribunaux administratifs, 14 arrondissements minéralogiques, 71 circonscriptions de génie rural, 21 régions économiques, 23 ressorts de légions de gendarmerie, etc.

Il est encore plus étrange de constater que l'administration d'un même ministère s'est trouvée parfois subdivisée d'une manière également hétérogène. Ainsi le ministère de l'Agriculture a comporté 41 Conservations des eaux et forêts, 18 circonscriptions de Répression des fraudes, 16 centrales divisionnaires pour l'application des lois sociales en agriculture, 13 services régionaux de l'Office national des céréales, 12 régions de protection des végétaux, 10 régions d'Inspection générale, 9 régions d'inspection des eaux et génie rural, 7 régions cynégétiques, 5 circonscriptions des haras. Par voie de conséquence, un même département pouvait être rattaché à plusieurs centres régionaux.

La nécessité est donc apparue de créer un échelon administratif nouveau : **la région,** permettant d'harmoniser les diverses régions spécialisées dans un cadre unique (ce qui avait été d'ailleurs le rôle du département lors de sa création).

B. Du point de vue économique

Que le département soit trop petit, c'est une banalité assez vide de signification. Il est exact en revanche que les nécessités de l'économie ont fait éclater les frontières des départements. Par exemple, la région industrielle du Nord forme une unité économique divisée artificiellement entre les deux départements du Nord et du Pas-de-Calais. De même, la région Forez-Velay-Vivarais animée par Saint-Étienne est déchirée entre la Loire, la Haute-Loire et l'Ardèche. Enfin, le département n'était pas adapté à la politique d'**aménagement du territoire**. Celle-ci est née de la volonté de réduire le déséquilibre entre **Paris** et la province que Jean-François Gravier a appelé le **désert français**. Déjà Lamennais affirmait au XIXe siècle que la centralisation c'est « l'apoplexie au centre et la paralysie aux extrémités », puis Gaston Jèze constatait que « la France a les extrémités froides » ; et Michel Debré écrivait pour sa part que « la France n'a plus que la peau et les os ».

§ 2. L'histoire de la région

A. La période des régions spécialisées

Pendant tout le XIXe siècle et jusqu'à la guerre de 1939, des circonscriptions se superposent tout en se diversifiant (régions militaires et conservations des eaux et forêts, dès la Révolution ; régions judiciaires avec le Consulat ; régions universitaires sous l'Empire...).

Bien que les réquisitoires se multiplient contre le département, le régionalisme ne pénètre pas vraiment dans les institutions [1], si ce n'est sous la forme d'un *régionalisme volontaire* qui existe dans les textes plus que dans la réalité et peut revêtir trois formes.

Les *conférences interdépartementales* (loi du 10 août 1871) sont de simples réunions de délégués des conseils généraux qui débattent des questions d'intérêt commun sans pouvoir prendre de décision.

Les *ententes interdépartementales* (loi du 9 janvier 1930) sont des organismes chargés de gérer des services communs à plusieurs départements (transports routiers, par exemple...). Librement constituées par deux ou plusieurs conseils généraux, elles sont administrées par leurs délégués. En fait, elles n'ont pas trouvé d'application.

Les *syndicats mixtes* (ordonnance du 5 janvier 1959) sont formés par des départements ou par des ententes interdépartementales qui se groupent avec d'autres personnes morales de droit public (communes, syndicats de communes, etc.), par exemple pour conduire en commun de grands travaux (construction d'un aérodrome, d'un viaduc, d'une gare routière...).

B. La période des régionalisations de crise

Trois recours à la région sont intervenus depuis la fin de la IIIe République pour faire face à des situations exceptionnelles.

Le **gouvernement de Vichy** institua 18 *préfets régionaux* assistés, chacun, de deux *intendants* (police, affaires économiques).

À la **Libération**, les *commissaires de la République* disposèrent de très larges pouvoirs mais ils disparurent très rapidement (1946).

En **1947**, l'ordre se trouvant menacé sur une grande partie du territoire, le ministre de l'Intérieur prit des mesures pour coordonner l'action des autorités civiles et militaires. Ces dispositions sont à l'origine de l'institution des *IGAME* (*Inspecteurs généraux de l'Administration en mission extraordinaire*), lesquels ont été remplacés en 1964 par les préfets des zones de défense.

C. La période du régionalisme rationalisé

Après la Seconde Guerre mondiale, diverses associations privées avaient été créées pour promouvoir le développement économique d'une région. Dès 1945, ces groupements furent pris en considération par les pouvoirs publics : à condition de se soumettre aux règles statutaires fixées par un décret, ils devenaient les comités d'expansion économique. Puis, en 1955, le principe des programmes d'action régionale fut posé, et l'année suivante vit apparaître les régions de programme tandis que la procédure d'élaboration du « plan régional de développement économique et social et d'aménagement du territoire » était précisée. L'étape décisive fut franchie en 1959 : un décret portant *« harmonisation des*

---

1. J. Revel, « La région », dans *Les lieux de la mémoire. La République. La Nation. Les France* (dir. P. Nora), 3 volumes, Gallimard, coll. « Quarto », 1997, p. 2907.

circonscriptions administratives en vue de la mise en œuvre des programmes d'action régionale » synthétisait les deux objectifs du régionalisme (l'objectif administratif et l'objectif économique). Sont instituées **en 1960 des circonscriptions d'action régionale** avec un *préfet coordonnateur*, une *conférence interdépartementale* (simple réunion des préfets de département sans aucun rapport avec la conférence interdépartementale prévue dans la loi de 1871) et un *comité d'expansion économique*.

Le problème fut encore repris **en 1964 : la circonscription d'action régionale devint la région**. Les textes insistent sur la vocation de la région : elle ne doit pas devenir un échelon administratif supplémentaire mais elle est un relais fondamental pour l'action économique de l'État. Ses organes sont principalement le *préfet de région* qui est le préfet du département où se trouve le chef-lieu de la nouvelle circonscription et la *conférence administrative régionale* (CAR) qui réunit les préfets des départements, le trésorier-payeur général et d'autres responsables administratifs régionaux. Dans le domaine spécifiquement économique, interviennent aussi un *sous-préfet chargé de mission pour les affaires économiques*, la *mission régionale* composée de fonctionnaires et la *commission de développement économique régional* (CODER) qui comprend des élus, des représentants des intérêts socioprofessionnels et des personnalités qualifiées.

Il est important de souligner que l'histoire de la région jusqu'aux années 1970 n'est pas liée à une politique de décentralisation : il s'agit seulement d'aménager l'action de l'État sur un plan régional. À partir de 1972 [1], au contraire, le découpage régional, tout en demeurant le cadre de services déconcentrés de l'État et des pouvoirs du préfet de région, est entré dans le système de décentralisation.

§ 3. L'ORGANISATION ACTUELLE

La France compte **26 régions** (22 en métropole et 4 outre-mer) dont l'organisation résulte de la *loi du 13 août 2004* et du *décret du 29 avril 2004* remplaçant et modifiant le décret du 10 mai 1982 [2].

Le *préfet de région* est le dépositaire de l'autorité de l'État dans sa circonscription. Représentant direct du Premier ministre et de chacun des ministres, dont il a seul qualité pour recevoir les délégations, il dirige sous leur autorité les services des administrations civiles de l'État dans la région et il est l'unique ordonnateur secondaire des services de l'État dans la région. Chargé des intérêts nationaux et du respect des lois, il assure le contrôle administratif de la région (en tant que collectivité décentralisée), de ses établissements publics et des établissements publics inter-régionaux qui ont leur siège dans la région. Et il est chargé de conclure au nom de l'État les contrats passés entre l'État et la région [3].

– Amorcé en 1992, le *renforcement des pouvoirs* du préfet de région s'accentue avec la loi et le décret de 2004. Garant de la cohérence des services de l'État dans la région, il

---

1. V. dossier 5, p. 274.
2. Loi et décrets cités *supra*, p. 214. À ces régions s'ajoutent encore diverses circonscriptions particulières, notamment en matière militaire. Par exemple, trois régions maritimes — ayant pour chef-lieu Brest, Cherbourg et Toulon — sont sous l'autorité de « préfets maritimes ».
3. « Contrats de plan », rebaptisés en 2006 « contrats de projet » : *infra*, p. 278.

fixe des orientations générales et il anime et coordonne l'action des préfets de département [1]. De plus, pour la mise en œuvre des politiques nationales et communautaires il a une mission de *direction* à l'égard des préfets de département [2]. Et il lui revient d'arrêter le projet d'action stratégique de l'État dans la région, ce qui lui donne un important pouvoir d'orientation.

Par ailleurs, il dispose de compétences (renforcées depuis 1999) en matière d'investissements civils exécutés ou subventionnés par l'État. Ces investissements sont d'intérêt régional ou départemental, à l'exception des investissements d'intérêt national déterminés par décret. Pour ces derniers, le préfet doit être informé par les ministres concernés et il peut aussi en recevoir délégation (pour des autorisations de programme). Quant aux investissements d'intérêt régional et départemental, les ministres délèguent au préfet de région les autorisations de programme sous forme de dotations globales. Le préfet les répartit après avis du comité de l'administration régionale, entre les investissements d'intérêt régional et ceux d'intérêt départemental. Ensuite, après avis du même comité, d'une part, il décide de l'utilisation en ce qui concerne les investissements d'intérêt régional (avec des subdélégations aux préfets de département sous la forme de dotations individualisées), d'autre part, il effectue la répartition entre les départements pour les investissements d'intérêt départemental. Et, il subdélègue (sous la forme de dotations globales) aux préfets de département qui décident ensuite de leur utilisation pour des opérations déterminées.

– Le décret du 29 avril 2004 introduit aussi une réforme dans *l'organisation des services de l'État dans la région*. Comme au niveau du département, il peut y avoir par décision du préfet de région constitution d'un pôle de compétence ou d'une délégation interservices pour des actions communes à plusieurs services. En outre, de façon plus globale, les services déconcentrés dans la région peuvent faire l'objet de regroupements fonctionnels dénommés *« pôles régionaux de l'État »*. La composition de ces pôles est fixée par décret [3]. Sous l'autorité du préfet, un chef de pôle anime et coordonne l'action des chefs de services déconcentrés. L'objectif de ces dispositions est de remédier aux insuffisances de la déconcentration en développant la coopération interministérielle au niveau territorial, de façon à rendre l'action plus efficace et plus cohérente. Ensuite, le décret de 2004 remplace la conférence administrative régionale (qui avait été instituée en

---

1. Il est à noter que le préfet de région est toujours le préfet du département où se trouve le chef-lieu de la région. Il assure donc une double fonction. À cet égard, un point est à souligner : le préfet de région n'a pas de compétences en matière de police administrative, mais il les exerce en tant que préfet de département.

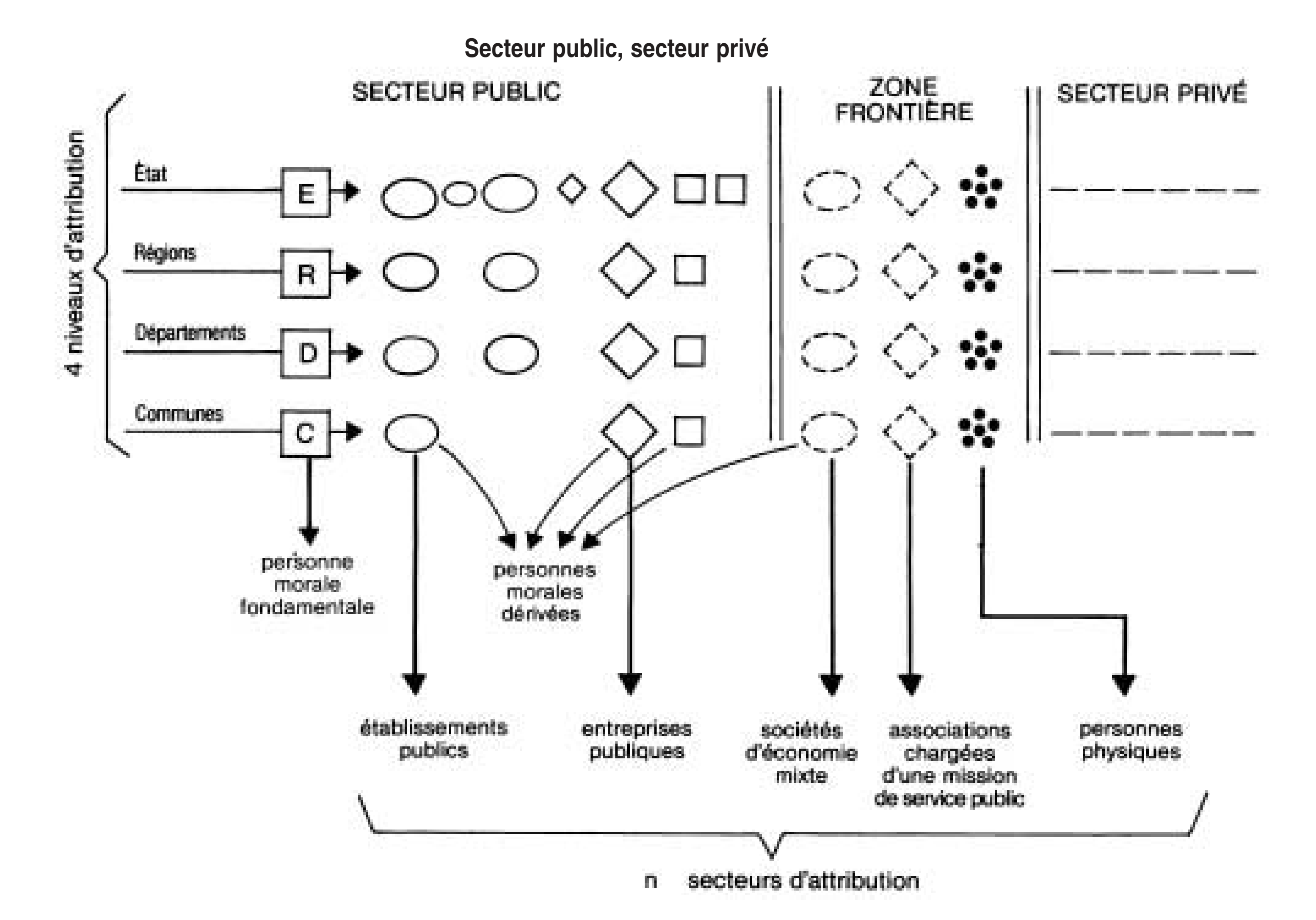
2. Selon l'article 131 de la loi du 13 août 2004, « il met en œuvre la politique de l'État dans la région en matière d'aménagement du territoire et de développement économique, de développement rural, d'environnement et de développement durable, de culture, d'emploi, de logement, de rénovation urbaine, de santé publique sous réserve des compétences de l'agence régionale de l'hospitalisation, ainsi que les politiques communautaires qui relèvent de la compétence de l'État. *Les préfets de département prennent des décisions conformes aux orientations fixées par le préfet de région dans ces domaines et lui en rendent compte* ».

3. Décret du 5 octobre 2004 (*JO* 6 oct.), selon lequel les pôles régionaux sont au nombre de huit : pôle « éducation et formation », pôle « gestion publique et développement économique, pôle « transport, logement, aménagement » (ou « transport, logement, aménagement et mer » pour les régions littorales), pôle « santé publique et cohésion sociale », pôle « économie agricole et monde rural », pôle « environnement et développement durable », pôle « développement de l'emploi et insertion professionnelle », pôle « culture ».

1964) par le *comité de l'administration régionale*. Cette structure, présidée par le préfet de région, l'assiste dans l'exercice de ses attributions. Elle est composée des préfets de département, des chefs de pôles régionaux, du secrétaire général pour les affaires régionales, du secrétaire général placé auprès du préfet du département où est le chef-lieu de la région, et du trésorier-payeur général de la région. Ce comité est une instance de consultation, de prospective et d'évaluation. Il se prononce sur les orientations stratégiques de l'État dans la région et il examine les moyens nécessaires à la mise en œuvre des politiques de l'État.

– Le *secrétariat général pour les affaires régionales* (SGAR) est une équipe de fonctionnaires — le secrétaire général et les chargés de mission placés auprès de lui — dont dispose le préfet pour accomplir ses tâches, et auxquels il peut donner délégation de signature (délégation qu'il peut aussi donner pour les matières relevant de leurs attributions aux chefs des services déconcentrés, aux chefs des pôles régionaux, aux responsables des délégations interservices).

Secteur public, secteur privé



POUR APPROFONDIR

Ce dossier présente dans sa globalité un **appareil administratif**. L'essentiel est d'en saisir les *caractéristiques générales* tout en s'interrogeant sur son *évolution*. Pour une vue d'ensemble, il faut se reporter au dossier 1 concernant l'Administration publique et le droit administratif.

L'AVENIR DU CENTRALISME

Pour ce qui est plus précisément des structures administratives, et donc de la déconcentration et décentralisation, toujours est en cause un **centralisme** sur lequel on ne peut pas ne pas s'interroger, même s'il s'agit d'une des questions les plus difficiles qui soient.

L'observation du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication suscite à cet égard beaucoup d'effervescence. Va-t-elle bouleverser radicalement les données ? À lire Manuel CASTELLS (*L'ère de l'information*, 3 vol. : *La société en réseaux, Le pouvoir de l'identité, Fin de millénaire,* Fayard, 1998 et 1999), cela ne fait aucun doute. Nous sommes à la veille d'un remplacement des structures centralisées par des « réseaux ». Là où il y avait des centres — des États avec des capitales, des entreprises avec des directions centrales —, il ne va plus y avoir que des ensembles de nœuds interconnectés, « un capitalisme collectif, sans visage, composé de flux financiers gérés par des réseaux électroniques ». Auteur à la même époque d'un rapport sur ces technologies, le sénateur René TREGOUET n'était pas en reste. Lui aussi considérait que des « réseaux » vont se substituer à la structure pyramidale du pouvoir. Tout n'est pas joué, mais il va de soi que « le centralisme, le dirigisme, les cloisonnements hiérarchiques et sociaux qui nous caractérisent constituent autant de sources d'inhibition susceptibles d'entraver notre entrée dans la société de l'information » (extrait du rapport, *Le Monde* du 9 avril 1998). D'ores et déjà, on l'a vu (p. 76), le pouvoir hiérarchique semble ne plus être ce qu'il était et tend à s'appréhender lui aussi en terme de réseaux.

Certaines remarques de Pierre LEGENDRE incitent à la circonspection (introduction à la réédition en 1992 de *L'histoire de l'Administration*, ouvrage cité dossier 1, p. 8, note 3) :

> [...] on peut discerner, dans le cas français, que le centralisme tient bon, jouant comme un recours. Il a modéré tous les emportements, marxistes-léninistes ou libéraux à tout-va. L'Administration, injectée de cet esprit juridique et dogmatique dont prétend se garder l'intellectuel français quand il s'intéresse aux affaires de l'État [1], ne lâche rien de son savoir-faire, mais plutôt l'enrichit et s'adapte, ouvrant ses portes à toutes les nouvelles mécaniques d'une machine déracinée de la vie sociale. L'Administration en France préside aux échanges, voire aux échanges de coups, comme elle absorbe les révolutions et — fait considérable — s'inscrit magistralement dans l'ordre de la signification, au sens de l'authentification culturelle d'un peuple.
>
> Sur le centralisme, il y a tant à dire. C'est d'abord un état d'esprit, qui jusqu'à présent résiste à tous efforts de casse. Un exemple est là, sous nos yeux, un fait anodin, mais intéressant à relever. Il suffit de constater l'aisance avec laquelle les guerriers de carton surgis de 1968 ont pris leurs quartiers et su perfectionner, en le modernisant à leur profit selon la meilleure tradition, ce fameux pouvoir d'empêcher décrit par Montesquieu — pouvoir lié en France aux enjeux féodaux — pour prendre acte, de nouveau et à l'échelle de notre temps, de la capacité de répétition dont fait preuve le centralisme à la française. Voilà bien une question cruciale, au regard de l'historien qu'est-ce que le centralisme, si

efficace dans la conservation et l'adaptation ? Par quelles voies de méthode accéder à son étude en tant que fait de civilisation ? Comment le rattacher aux évolutions stratégiques du XXe siècle, dans la guerre des organisations que surplombe aujourd'hui, imposé par l'économisme militant, le discours d'un Management universel, qui serait l'autre face d'une Démocratie planétaire [2] ?

Il faut prendre les choses comme elles sont, c'est-à-dire d'abord comme elles sont dites, fussent-elles dites sur un ton de propagande parfois. À suivre ce qui est dit, on découvre sans peine un au-delà du décor, les coulisses d'une tradition normative. Par exemple, si l'on voulait bien se reporter à la notion de business, telle que s'efforçaient de la dessiner les théoriciens de l'entreprise dans l'Amérique des années vingt, il deviendrait plus facile de faire le tri des brutales propagandes gestionnaires et d'apercevoir le socle de Common Law de ce que nous appelons, sans nuances, Management [3] : pour la France, le Management est l'équivalent d'une Réforme ; je veux dire par là : d'une conversion, avec effets juridiques de fond, perceptibles sur le long terme. De même, tournons-nous vers le thème de la décentralisation, longuement mûri dans la France du dernier après-guerre, par les partis de droite, puis de gauche. Les trémolos décentralisateurs de la loi de 1982 sur les collectivités locales méritent interprétation, historienne ici encore. Rupture, a-t-on dit ; quelle rupture ? Plutôt une adaptation, un début d'adaptation aux exigences ultra-industrielles, en bon ordre, c'est-à-dire en bonne et due forme, estampillée française. Cette loi est nimbée de son titre [4], légèrement grandiloquent — titre d'une formulation mécaniquement reproduite du juridisme d'Ancien Régime et qui sent à plein nez l'immémoriale rhétorique, en l'occurrence gallicane, des luttes contre l'ennemi commun, mais aussi l'allié de tous : l'État.

---

1. C'est un fait, souvent remarqué, que l'intellectuel français estampillé méprise le versant juridique des choses.

2. Représentative, la très huppée Harvard Business Review donne le ton ; V. P. SLATER — W.-G. BENNIS, « Democracy is inevitable », vol. 68, n° 5 (1990), pp. 167-176.

3. Rappeler aux spécialistes en gestion la casuistique des juristes médiévaux qui était l'un des thèmes de l'article inaugural de Harvard Business Review : W.-B. DONHAM, « Essential Groundwork for a Broad Executive Theory », vol. 1, n° 1 (1922), pp. 1-10.

4. Loi n° 82-213 du 2 mars 1982, relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. Pieusement entretenue après la Révolution française par les juristes des Facultés et du Conseil d'État, la formule « droits et libertés » remonte à l'Ancien Régime ; elle a pour origine les franchises opposables au gouvernement monarchique, plus spécialement le statut de l'Église gallicane.

À bien des égards, un ouvrage plus récent de Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, Vice-président du Conseil d'État, confirme ces commentaires (*L'État*, PUF, Que sais-je ?, n° 616, 2004) — Notamment lorsqu'il évoque, p. 96 et s., la révision constitutionnelle de 2003, laquelle « n'a pas changé la nature de l'État qui demeure unitaire ». Il n'empêche que Pierre LEGENDRE, par delà la question du centralisme, ne manque pas de s'interroger également sur l'État lui-même : « l'avenir de l'État, en tant que forme d'organisation historiquement repérable, inventée dans le contexte bien précis des traditions ouest-européennes et maintenant contestée *de facto* par les pratiques du Management, est-il assuré ? ». Question reprise et développée notamment dans « Remarques sur la re-féodalisation de la France », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997.

AUTORITÉS DE RÉGULATION ET NOUVELLES RÉGULATIONS

Le mot régulation mérite tout autant de retenir l'attention. Plus encore que celui de « réseau », il est à la mode. On le trouve à propos de l'appareil administratif pour qualifier les missions de certaines autorités administratives indépendantes (*supra*, p. 199) mais aussi, plus généralement, les fonctions exercées par les administrations centrales (*supra*,

p. 208, note 3). Par ailleurs, et pour ne prendre que cet exemple, est intervenue la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (*JO* 16 mai 2001 — commentaire Lucien RAPP, *AJDA* 2001.560). De quoi s'agit-il exactement ? Que signifie la généralisation récente — guère plus d'une dizaine d'année — de l'emploi du **concept de régulation** dans le domaine du droit ?

Faute de trouver d'emblée une réponse très précise, l'on peut au moins constater que le même mot ne paraît pas toujours désigner la même chose. Dans la loi de 1996 créant l'Autorité de régulation des télécommunications et dans celle de 2000 créant la Commission de régulation de l'électricité, la régulation est l'activité d'une autorité nouvelle. Activité que l'on peut penser être spécifique et qui concerne un secteur d'activité donné. Dans la loi de 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, toute une partie relative aux pouvoirs des autorités de régulation en matière financière participe de la même logique. Il n'y a toutefois pas que cela. Concernant la « régulation de l'entreprise », le titre sur le droit des sociétés commerciales contient, par exemple, un chapitre sur le droit des actionnaires. C'est là de la législation, du droit, au sens le plus traditionnel. Autrement dit, si dans l'expression **« autorités de régulation »** est visée une *activité présentée comme nouvelle*, dans celle de **« nouvelles régulations »** il ne paraît s'agir pour l'essentiel que de *nouvelles règles de droit.* De l'un à l'autre usage, la perspective est très différente. D'un côté, une certaine activité dite de régulation est posée comme telle, définie plus ou moins précisément par le droit ; elle est ainsi régie par lui, fait l'objet de règles spécifiques. De l'autre côté, c'est le droit lui-même, dans son ensemble, qui est régulation, qui se définit en quelque sorte comme « régulation juridique ».

S'ouvrent en conséquence, pour essayer de donner une définition, des voies de recherche également différentes. L'étude des « autorités de régulation » et de leurs missions conduit à essayer de dégager les éléments de ce qui pourrait s'apparenter à une nouvelle branche du droit. Tout comme il y a l'administration et le droit qui la régit, il y aurait, dans tel ou tel secteur, la régulation et un droit qui lui est propre — Voir, en ce sens, Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D* 2001.610 ; Stéphane BRACONNIER, « La régulation des services publics », *RFDA* 2001.43. Rien de tel avec l'étude des « nouvelles régulations ». Le sens large donné à l'expression incite plutôt à une réflexion sur l'évolution de l'ensemble du système juridique. Ce que fait Jacques CHEVALLIER (« Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP* 1998.659) : s'interroger sur les transformations de la régulation juridique, c'est pour lui « chercher à prendre la mesure des transformations que connaissent, en France comme ailleurs, les systèmes juridiques ». De même, Jacques CAILLOSSE (« Droit public — droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996.955). Évoquant la régulation juridique des échanges sociaux, il désigne « la part du droit dans la production et la reproduction du lien social ». Le point de vue rejoint celui du sociologue pour qui la régulation juridique n'est effectivement qu'un aspect particulier d'un phénomène plus général alors qualifié de régulation sociale (v., par exemple, sous la direction de François CHAZEL et Jacques COMMAILLE, *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991).

Le choix de l'une ou l'autre approche suscite des discussions. L'approche « sectorielle » est critiquée par Laurence BOY, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. FRISON-ROCHE), *D. Affaires* 2001.3031. Jean-Bernard AUBY (« La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001.912) estime pour sa part que « la théorie de la régulation est... une théorie de l'intervention publique » :

> On ne peut que se montrer assez réticent à l'égard de certaines analyses récentes qui tendent à retenir de la notion de régulation une conception qui l'assimile aux seules « nouvelles formes » d'encadrement des activités privées, celles qui sont placées sous la houlette d'autorités administratives indépendantes. Cette vision des choses nous expose à construire une théorie purement idiosyncrasique, purement franco-française. Elle fait surtout courir un risque d'appauvrissement théorique de la notion de régulation.

Voir, en conséquence, prolongeant ces réflexions : Jean-Bernard AUBY, « Régulations et droit administratif », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004. Et pour différents autres points de vue, par exemple : *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* (dir. Gérard MARCOU et Franck MODERNE), L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2 vol., 2005 ; *Droit et économie de la régulation* (collection dirigée par Marie-Anne FRISON-ROCHE), Presses de Sciences Po et Dalloz, Thèmes et commentaires, 4 vol. parus entre 2004 et 2006.

En tout état de cause, avec le mot de régulation, n'admet-on pas toujours un certain nombre de présupposés empruntés à d'autres disciplines ? (V. Jacques CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans *La régulation entre droit et politique*, sous la direction de Michel MIAILLE, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1995). En dehors du droit et plus généralement de sciences sociales telles l'économie et la sociologie, « régulation » a d'abord été un terme d'horlogerie et mécanique, puis de biologie. Analogie a été faite entre la machine et l'organisme, de telle sorte que la régulation a fini par devenir « le fait biologique par excellence » — « au sens de fonction préservatrice de l'intégrité d'un tout » (Georges CANGUILHEM, article régulation, *Encyclopaedia universalis*, qui pose alors la question de la pertinence d'une transposition à la société : peut-on vraiment lui appliquer un concept utilisé en biologie après avoir été emprunté à l'horlogerie ?).

Par suite, qu'il y ait aujourd'hui tout à la fois développement des autorités de régulation et tendance à parler du droit en termes de régulation, n'est-il pas révélateur d'une véritable transformation de la conception même du droit ? L'interrogation ramène au difficile questionnement de Pierre LEGENDRE sur le centralisme et l'avenir de l'État, lequel est précisément lié à ce qu'il observe de l'évolution du droit. Tendrait à en prévaloir une « approche sociologisante », « une représentation purement instrumentale », qu'il ne cesse de dénoncer (V. *Pour approfondir*, dossier 1, p. 31).

Dossier 5

Les collectivités territoriales décentralisées

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. Théorie et pratique de la décentralisation

Chapitre 2. Le statut des collectivités territoriales décentralisées

Depuis la réforme du 28 mars 2003, l'article 1 de la Constitution précise que l'organisation de la France est décentralisée [1]. Il s'agit là de son organisation territoriale. L'ajout, dont l'intérêt a pu être contesté et dont la portée normative reste discutée, est surtout symbolique. Il marque une volonté de « modifier profondément le cadre constitutionnel de l'action des collectivités territoriales, en France et outre-mer » [2], mais il n'annonce nullement une révolution de l'organisation administrative : changer l'État, comme tendent à le faire les nouvelles dispositions constitutionnelles « n'a jamais signifié changer d'État » [3].

En France, comme ailleurs, les **collectivités territoriales décentralisées** sont dotées d'une autonomie juridique qui leur est conférée par la personnalité morale (§ 1) et elles sont caractérisées par des structures déterminées géographiquement (§ 2) [4].

---

1. *Supra*, p. 106.
2. Exposé des motifs, dans *L'organisation décentralisée de la République*, Aux sources de la loi, Éd. des JO, 2003, p. 29.
3. O. Gohin, « la nouvelle décentralisation et la réforme de l'État en France », *AJDA* 2003. 522. V. aussi, concernant le nouveau principe constitutionnel de décentralisation : J.-F. Brisson, « La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée », *RDP* 2003.111 ; P. Dollat « Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'État unitaire à l'État uni ? », *RFDA* 2003.670 ; B. Faure, « Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi », *RDP* 2003.119. Le Conseil d'État, pour sa part, lorsqu'il a examiné le projet, a émis des réserves : « il lui est apparu, d'une part, qu'en tant que processus d'évolution de l'organisation administrative d'un État, la décentralisation trouve difficilement sa place dès le premier article de la Constitution et, d'autre part, qu'en tant que principe de libre administration des collectivités locales, elle figure déjà aux articles 34 et 72. Il lui a semblé en outre que si l'on entend opposer État unitaire décentralisé à État fédéral, le silence du texte constitutionnel convient sans doute mieux à la situation actuelle de certaines collectivités d'outre-mer dont les prérogatives vont au-delà de celles d'une collectivité décentralisée » (Rapport public 2003, La Documentation française, *EDCE* n° 54, p. 55).
4. S'il y a bien une conception française de la décentralisation, la notion de *« collectivité territoriale décentralisée »* a une portée très générale. V., par exemple, A. Delcamp et J. Loughlin (dir.), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, les études de La Documentation française, 2003, p. 16 : « ... (elle) est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des situations qui se rencontrent au niveau infra-étatique dans les différents pays d'Europe » ; à celles tout au moins dans lesquelles les collectivités ne sont que « décentralisées » et se définissent par rapport à un centre. S'en distinguent les *« collectivités territoriales fédérées et autonomiques »*.

§ 1. La notion de personne morale

Les **personnes morales** sont des sujets de droit qui ne sont pas des individus (des personnes physiques). Elles existent en droit privé (associations...) comme en droit public (communes...), en droit international comme en droit interne. Elles sont propriétaires d'un patrimoine ; elles peuvent passer contrat ou ester en justice : elles ont un nom, un domicile, un honneur, etc. [1]. Groupement d'êtres humains ou ensemble de biens, elles ont une organisation destinée à permettre la gestion d'un intérêt collectif.

Les juristes ont souvent débattu de leurs caractéristiques fondamentales. Pour certains, une personne morale ne saurait être qu'une *fiction* [2]. Du point de vue biologique, ils ont évidemment raison mais ils ont tort du point de vue juridique car toute personne morale est, à cet égard, un ensemble de droits et d'obligations dont la *réalité* est incontestable. Souvent d'ailleurs, une collectivité ou une communauté sert de support très concret à cet ensemble abstrait. Dans d'autres cas, au contraire, la technique juridique donne unité et vie à ce qui n'est qu'un faisceau de moyens en vue d'accomplir une mission : ainsi, par exemple la « Réunion des musées nationaux » est-elle une personne morale parce que les autorités publiques ont voulu qu'elle puisse acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux des œuvres d'art afin de protéger et de mettre en valeur le patrimoine culturel et artistique [3].

Maurice Hauriou a essayé d'approfondir quelques-uns de ces thèmes dans sa théorie de l'*institution*. Celle-ci est, explique-t-il, « une organisation sociale en rapport avec l'ordre général des choses, dont la permanence est assurée par l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs et qui a réalisé dans son sein une situation juridique ». Elle peut *devenir* une personne morale et participer ainsi au « commerce juridique » [4].

---

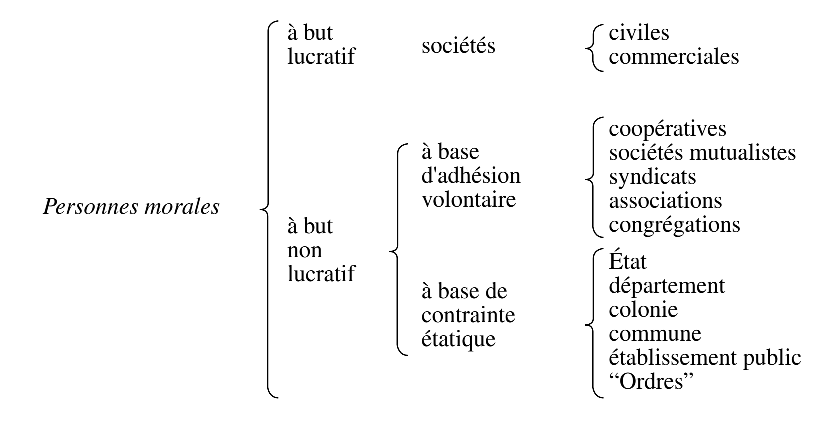
1. V. les « introductions au droit » et les manuels de droit privé (notamment J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, « Thémis », t. I : *Les personnes*, 21e éd., 2000 – également PUF, coll. « Quadrige », 2004).

2. Ce qu'expriment des affirmations comme : « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale... » ; « Si douze personnes créent une association, elles ne deviennent pas treize... ».

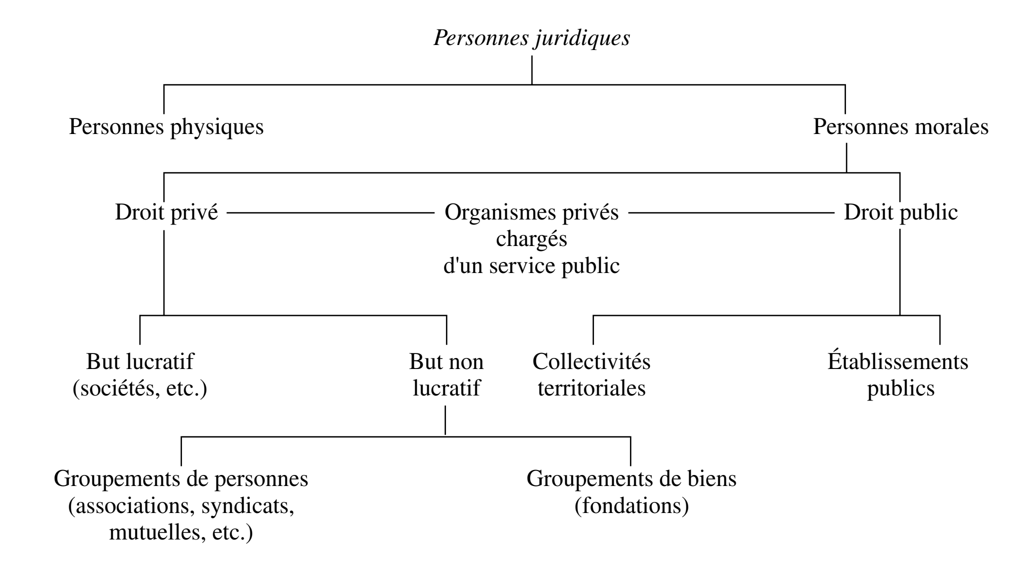
3. M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1950, 6e éd. (p. 169) et surtout, L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1932 (3e éd. revue par L. Trotabas) et F. Linditch, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 176, 1997, préface de J.-A. Mazères. V. aussi, pour un point de vue différent, *Théorie pure du droit* de H. Kelsen : la « personne », quelle qu'elle soit, ne désigne qu'un faisceau d'obligations, de responsabilités, un ensemble de normes ; ce n'est qu'une « construction artificielle, un concept anthropomorphique créé par la science juridique en vue de présenter le droit de façon suggestive » (1re éd., Éditions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, trad. H. Thevenaz, p. 113) ; c'est un « concept auxiliaire, qu'il est loisible certes, mais nullement nécessaire, d'utiliser dans la description et l'analyse du droit » (2e éd., Dalloz, 1962, trad. C. Eisenmann, p. 252 — ou LGDJ, *La pensée juridique,* 1999).

4. M. Hauriou, *Principes de droit public*, Sirey, 1910 (chap. III, « L'institution », p. 193, chap. XIV, « La personnalité juridique », p. 639). Hauriou, pour dépasser l'opposition « réalité-fiction », distingue en leur donnant un sens très particukier les deux notions de « personnalité morale » et de « personnalité juridique » — V. la préface de J.-A. Mazères à la thèse de F. Linditch (p. XX) : « La personnalité morale, comme son nom l'indique, est une réalité qui relève des mœurs, des comportements sociaux, une « intuition morale et sociale ». La personnalité juridique est seulement quant à elle, un « moyen technique » permettant l'établissement des relations juridiques [...] (un) « masque posé sur la personnalité morale » ou encore « la stylisation de la personnalité morale » (c'est-à-dire au sens propre du mot, une représentation simplifiée en vue d'un effet déterminé, ici le commerce juridique) ». L'une et l'autre sont ainsi complémentaires, de telle sorte que la personnalité apparaît être « un construit juridique sur une réalité sociale ».

Les personnes morales sont très diverses et il est donc utile de les classer. Marcel Waline retenait, en 1950, ce tableau :



Plus récemment, Guy Braibant et Bernard Stirn [1] schématisent l'ensemble des sujets de droit :



En droit administratif, la théorie de la personne morale revêt une très grande importance. En effet, les personnes physiques appartenant à l'Administration n'interviennent pas pour leur propre compte : elles ne sont que les *organes* (ou les représentants) de

---

1. *Le droit administratif français*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. « Amphithéâtre », 7e éd., 2005, p. 50.

personnes morales ; les autorités administratives n'exercent leurs compétences qu'au nom de la collectivité ou de l'institution à laquelle elles appartiennent et les autres agents publics n'agissent aussi que pour le compte de l'État, d'une commune, d'une université, etc. Sans doute est-ce là l'une des caractéristiques les plus importantes de l'Administration publique qui, pourtant, n'est pas elle-même, dans son ensemble, une personne morale [1].

Les personnes morales assumant des missions administratives sont de deux sortes : il s'agit, en principe, de **personnes publiques,** mais des **personnes privées** interviennent également. Le régime juridique des unes et des autres est très diversifié : les personnes publiques sont soumises pour partie au droit privé et les personnes privées n'échappent pas totalement à l'emprise de droit public [2].

Indépendamment de l'**État**, personne morale à compétence nationale, les *personnes morales publiques* se divisent en deux catégories principales : d'une part, les **collectivités territoriales décentralisées** exerçant des compétences administratives générales dans un ressort géographique donné ; d'autre part, les **établissements publics** qui assurent des tâches spécialisées (une ou plusieurs activités déterminées) [3]. La formule de l'établissement public a connu depuis la Seconde Guerre mondiale un développement considérable. Extrêmement nombreux aujourd'hui, sous des appellations diverses, ces établissements gèrent des services fort différents qui reflètent la multiplicité des activités de l'administration contemporaine (et notamment l'extension de ses activités économiques). Rattachés à des personnes territoriales, ils sont nationaux, régionaux, départementaux, ou municipaux. En d'autres termes, les collectivités territoriales sont les **personnes morales fondamentales** et elles définissent quatre *niveaux d'attribution* : l'État, la région, le département, la commune. Les institutions spécialisées, en particulier, les établissements publics, se répartissent aussi entre ces quatre niveaux et constituent, à chacun d'eux, des **personnes morales dérivées** correspondant à un *secteur d'attribution* plus ou moins large [4].

Les *personnes morales privées* chargées de la gestion d'activités administratives, et comptant à ce titre parmi les institutions spécialisées, sont également nombreuses et diverses. L'interventionnisme dans le domaine économique et social a conduit à une imbrication entre les activités privées et publiques, effaçant en partie les frontières entre le secteur public et le secteur privé. Il a amené les autorités publiques à utiliser, principalement pour des raisons de souplesse et d'efficacité, des personnes morales privées : ordres professionnels, associations, organismes de sécurité sociale, sociétés (à

---

1. Ce qui conduit certains à nier son existence juridique : V. P. Delvolvé, « L'exécution des décisions de justice contre « l'Administration » », *EDCE* 1983-1984 (p. 112).

2. Le vocabulaire est, en la matière, variable et insatisfaisant. Les expressions « personnes publiques » et « personnes privées » sont une commodité de langage, un raccourci des expressions « personnes morales de droit public » et « personnes morales de droit privé », lesquelles semblent impliquer une soumission d'un côté à un régime de droit public et de l'autre à un régime de droit privé. Or, il existe toute une gamme de nuances, et pratiquement tous les régimes juridiques empruntent aux règles de droit public et à celles de droit privé. Ainsi, d'une nature de personne publique l'on ne saurait conclure à un fonctionnement dans le seul cadre du droit public. Un établissement public industriel et commercial, par exemple, est une personne publique dont le fonctionnement est, pour l'essentiel, régi par le droit privé.

3. D'autres personnes publiques s'ajoutent aujourd'hui à cette typologie : les groupements d'intérêt public (GIP), la Banque de France, les autorités publiques indépendantes (API), l'Institut de France et les académies qui le composent.

4. V. le schéma p. 223 et le dossier 6 sur les institutions spécialisées.

capitaux entièrement publics ou d'économie mixte, c'est-à-dire réalisant une association de capitaux publics et privés). Ce phénomène n'est pas sans soulever de nombreux problèmes, notamment en ce qui concerne la cohérence des actions administratives. En effet, si les pouvoirs publics ont la responsabilité globale des services publics, ils maîtrisent mal parfois leur accomplissement par des *« démembrements de l'administration »* dont le foisonnement a été critiqué par la Cour des comptes.

§ 2. L'identification des collectivités territoriales décentralisées

Pour qu'une population déterminée par son rattachement à un territoire ait une vie administrative propre et une autonomie par rapport à l'État ou à d'autres personnes publiques, il faut qu'elle soit érigée en personne morale. La personnalité morale traduit l'existence, sur un territoire donné, d'un groupe d'habitants appelés à désigner par élection les personnes habilitées à gérer leurs intérêts communs. C'est ainsi que **les collectivités territoriales décentralisées se distinguent des circonscriptions administratives de l'État :** ces dernières sont de simples aires géographiques correspondant aux implantations des services de l'État et limitant territorialement l'exercice des attributions de leurs agents. Elles ne possèdent pas la personnalité morale. Certes, en France, une telle distinction peut paraître ambiguë dans la mesure où certains découpages du territoire coïncident à la fois avec des circonscriptions administratives et avec des collectivités territoriales décentralisées. Ainsi en est-il de la *région*, du *département* et également de la *commune*, alors que le *canton* et l'*arrondissement* ne sont que des circonscriptions administratives. Mais les règles juridiques qui gouvernent les collectivités décentralisées permettent de les identifier clairement. À cet égard, si le terme de décentralisation ne figure pas, en 1958, dans la Constitution, celle-ci d'emblée consacre l'existence de collectivités décentralisées par plusieurs dispositions. Le titre XII relatif aux collectivités territoriales affirme en particulier (art. 72) que ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus, sous le contrôle administratif du « délégué du gouvernement » [1].

Bien que l'article 72, dans sa nouvelle rédaction, précise que les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74, *la collectivité territoriale fondamentale est l'État.* En effet, personne morale, il correspond à une *population* liée à un *territoire* et soumise à l'autorité d'un *pouvoir* [2]. Les autres collectivités territoriales sont bien aussi des personnes morales caractérisées par la coexistence d'une population, d'un territoire et d'un pouvoir, mais **elles font partie de l'État ;** elles en sont les éléments et peuvent être aussi appelées *collectivités territoriales infra-étatiques*. Elles n'ont en conséquence qu'une autonomie relative dont les principes sont fixés par la Constitution et par le législateur qui, d'après l'article 34, est compétent pour fixer les règles relatives aux élections des organes de ces collectivités et pour déterminer les principes fondamentaux de « la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » [3].

---

1. Appellation à laquelle s'est substituée, en 2003, celle de « représentant de l'État, représentant de chacun des membres du gouvernement ».
2. V. les manuels de droit constitutionnel ou de droit international public.
3. En 1958, à l'article 34, il avait été écrit « libre administration des collectivités locales ». Ces collectivités locales se confondaient en réalité avec les collectivités territoriales de l'article 72 et

L'étude de toutes ces collectivités territoriales décentralisées, dans leur diversité et leur rôle respectif, relève à la fois de l'histoire, de la recherche juridique et de la science politique, économique, administrative. La décentralisation est le concept-clé qui est supposé tout fonder et expliquer, mais qui est marqué par un paradoxe : aussi utilisé qu'incertain, il donne lieu à des analyses, théories, discours juridiques et politiques très souvent ambigus ou contradictoires. En préciser le sens (Chapitre 1) facilite la compréhension de l'histoire, de l'organisation, des fonctions de chaque collectivité et des pouvoirs de ceux qui en assument l'administration (Chapitre 2) [1].

---

l'utilisation de deux expressions différentes n'était sans doute qu'une inadvertance des rédacteurs. La correction a été faite à l'occasion de la réforme de 2003.

1. Bien entendu, l'autonomie des collectivités peut se prolonger par une sorte de « politique étrangère ». Selon L'article L. 1115-1 du Code général des collectivités territoriales (tel qu'il résulte de la loi du 6 février 1992), ces collectivités et leurs groupements « peuvent conclure des *conventions* avec des collectivités territoriales étrangères et leurs groupements, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France » ; elles peuvent aussi, sous certaines conditions, créer des *groupements d'intérêt public* et « adhérer à un organisme public de droit étranger ou participer au capital d'une personne morale de droit étranger auquel adhère ou participe au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales d'un État européen frontalier ».
Une commission nationale établit et tient à jour un état de ce qui est appelé **« coopération décentralisée ».** Elle peut formuler toute proposition tendant au renforcement de celle-ci. À son initiative est publié un *Guide de la coopération décentralisée* (La Documentation française, 2e éd., 2006). V. CE, *Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales*, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 2006 ; et *infra*, p. 286, note 3, sur le cas des départements et régions d'outre-mer.

Chapitre 1

Théorie et pratique de la décentralisation

Section 1

La théorie juridique de la décentralisation

La théorie juridique s'attache à définir la décentralisation (§ 1) et à la distinguer de données voisines (§ 2).

§ 1. La notion de décentralisation

Au sein des institutions françaises, la décentralisation correspond à l'attribution d'une certaine autonomie à des collectivités qui « **s'administrent librement par des conseils élus** » sous le contrôle du gouvernement. Décentraliser consiste à confier l'exercice d'une compétence qui pourrait appartenir aux seuls organes de l'État à plusieurs autorités dont chacune n'a en charge qu'une **fraction de la collectivité étatique.** Cela revient à diviser une population et à soumettre chacune des parties ainsi déterminées à des pouvoirs différents.

La recherche de l'*essence* de la décentralisation suppose donc une réflexion sur l'organisation et le fonctionnement de l'ensemble de l'appareil d'État.

A. Autorités centrales et autorités non centrales

Les autorités publiques exercent des compétences (en prenant des décisions ou en négociant des contrats) dont l'ampleur dépend de *deux dimensions*.

D'une part, la **dimension matérielle** de la compétence. Ces compétences concernent certaines *matières* ou s'appliquent à certains *domaines*. Par exemple, l'article 37 de la Constitution de 1958 détermine la dimension matérielle de la compétence des autorités qui exercent le pouvoir réglementaire au plan national ; de même, au niveau des collectivités locales, les compétences se répartissent entre leurs organes : ainsi, dans la commune, le maire est chargé du maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de la police administrative tandis que le conseil municipal crée, organise, gère les services publics [1].

1. V. *infra,* chapitre 2.

D'autre part, la **dimension personnelle** de la compétence. Une autorité administrative statue à l'égard de personnes qui sont les destinataires de ses actes. Le cercle de ces *sujets* est souvent défini par rapport à un territoire [1]. Il s'agit, par exemple, de la population liée d'une façon ou d'une autre (domicile, paiement de l'impôt, passage, etc.) au territoire de la commune, du département, de la région, de l'État. De cette manière, s'opposent très clairement des *autorités centrales* compétentes à l'égard de la collectivité étatique dans son ensemble et des *autorités non centrales* compétentes à l'égard seulement d'une fraction de la collectivité étatique. La plupart des premières ont leur siège dans une ville qui est considérée, de ce fait, comme la capitale de l'État (Paris, pour la France) ; les secondes, au contraire, sont dispersées sur l'ensemble du territoire. On pourrait dire, très abstraitement et en négligeant la société internationale, que *la dimension personnelle de la compétence des autorités centrales est illimitée* (ou infinie) tandis que *la dimension personnelle de la compétence des autorités non centrales est limitée* (à une partie de la collectivité étatique).

L'analyse qui précède (et qui est fondamentale) peut être répétée sous une forme différente en distinguant *secteurs d'attribution* et *niveaux d'attribution* [2]. Les secteurs d'attribution correspondent au domaine de l'action (dimension matérielle de la compétence). Les niveaux d'attribution (niveau étatique, niveau régional, niveau départemental, niveau communal...) renvoient aux populations concernées par cette action ou à des collectivités territoriales dans le cas où ces groupes sont érigés en personnes morales (dimension personnelle de la compétence).

B. Autorités centralisées et autorités décentralisées

Après avoir pris en compte les autorités (ou les organes), on peut considérer les activités et ainsi faire apparaître deux cas de figure.

Ou bien l'activité est confiée uniquement à un organe central, qui détient seul le pouvoir de décision, et il y a alors **centralisation parfaite** (ou totale). Tel est, par exemple, le cas de l'activité législative en France.

Ou bien l'activité est exercée (au moins partiellement) par des organes non centraux qui détiennent un pouvoir de décision, mais il faut encore distinguer **deux hypothèses**.

Dans la première hypothèse, les organes non centraux sont subordonnés à un organe central par la voie de l'autorité *hiérarchique*. Le centre l'emporte : l'organe central dispose du *pouvoir du dernier mot*. Il y a bien encore centralisation mais **centralisation imparfaite** : la centralisation subit un aménagement que l'on appelle la *déconcentration* [3].

Dans la deuxième hypothèse, les organes non centraux jouissent d'une autonomie juridique par rapport au centre. Le contrôle du pouvoir central subsiste, faute de quoi il n'y aurait plus un État divisé en collectivités, mais plusieurs États, chacun d'eux étant formé

---

1. Cette dimension personnelle de la compétence pourrait être déterminée par un autre critère (ou mesurée avec un autre étalon) : la profession, la religion, la race... Apparaîtraient ainsi des autorités corporatives, religieuses, ethniques... Même si une telle présentation est contraire aux conceptions démocratiques et même aux valeurs fondamentales de l'humanisme, elle n'est pas juridiquement récusable.
2. V. *supra,* p. 233, et schéma p. 223.
3. V. dossier 4 et *infra,* p. 239. Les autorités déconcentrées ne sont jamais que des autorités centralisées.

par une collectivité souveraine. En revanche, la subordination hiérarchique disparaît. On est en présence de la **décentralisation,** qui aboutit à créer à l'intérieur de l'État d'autres personnes morales publiques [1]. Les organes de celles-ci, c'est-à-dire les autorités administratives décentralisées qui les représentent, gèrent les *affaires* du groupe, souvent appelées *affaires locales,* bien qu'il puisse s'agir aussi bien des affaires de la région ou du département que de celles de la commune qui est la seule collectivité *locale* proprement dite.

§ 2. Les notions voisines

A. La décentralisation technique ou par service

Léon Duguit [2] a donné au thème de la décentralisation une ampleur nouvelle en analysant les conditions de son application au niveau des services.

À la suite de Duguit, d'autres juristes ont systématisé sa conception de la décentralisation et ils ont opposé la décentralisation territoriale à la **décentralisation technique.** La première correspond à l'autonomie de collectivités infra-étatiques définies dans l'espace tandis que la seconde consisterait à conférer une certaine liberté d'action à « un service public déterminé en le dotant de la personnalité juridique », c'est-à-dire en le transformant en *établissement public*.

L'opposition est aujourd'hui communément admise. Il n'empêche qu'il n'y a pas une réelle symétrie entre les deux décentralisations. D'une part, les établissements publics (et les autres institutions spécialisées) [3] sont des personnes morales dérivées gérant un service public selon le principe de spécialité. Leur apparition complique la structure de l'appareil administratif à un niveau donné mais elle n'introduit pas, comme le fait la décentralisation territoriale, un échelon de plus dans l'exercice des compétences. En somme leur présence, en règle générale, n'aboutit pas à diviser la collectivité étatique : elle ne donne pas (ou pas nécessairement) naissance au pluricentrisme (ou à la multipolarité) qui caractérise la décentralisation territoriale. D'autre part, l'autonomie de ces établissements est dans la plupart des cas très limitée : les textes fondateurs les soumettent à un contrôle souvent strict des autorités de la personne morale de rattachement. L'autonomie n'est pas, comme pour les collectivités territoriales, garantie par la Constitution. Pour citer un exemple, en quoi le statut d'établissement public conféré à l'École nationale d'administration est-il un élément de décentralisation ?

Cette critique ne doit pas dissimuler pour autant l'éventualité d'une décentralisation qui ne serait pas territoriale : il est possible d'imaginer des groupements infra-étatiques

---

1. C. Eisenmann, *Centralisation et décentralisation,* LGDJ, 1948. L'auteur fait apparaître la semi-centralisation (ou semi-décentralisation) en plus de la *summa divisio* classique (centralisation et décentralisation) : dans ce troisième cas de figure, les autorités compétentes sont les unes centrales ou centralisées (autorité d'État), les autres décentralisées : l'accord des organes de l'État et des représentants des collectivités décentralisées est nécessaire pour que les décisions soient prises. *Adde* : F.-X. Aubry, *La décentralisation contre l'État (l'État semi-centralisé).* LGDJ, coll. « Décentralisation et développement local », 1992.
2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* Éd. de Boccard, 1923, 2e éd. ; *Les transformations du droit public,* A. Colin, 1913 (ouvrage réimprimé en 1999, Éd. La Mémoire du Droit).
3. V. le dossier 6 (Institutions spécialisées).

déterminés par un critère personnel (non territorial) et des autorités corrélatives. Dans une certaine mesure, les *ordres professionnels* (ordre des médecins, ordre des experts-comptables, ordre des architectes, etc.) illustrent ce type de structures, bien que ce ne soit pas des établissements publics [1].

B. La déconcentration

Modalité de la centralisation, la **déconcentration** s'oppose en principe radicalement à la décentralisation. Toutefois, l'une et l'autre se caractérisent par l'intervention d'autorités non centrales dotées de compétences propres. La différence repose sur deux données inégalement significatives. D'une part, il y a, dans un cas, relation entre des organes appartenant à une même personne morale et, dans l'autre, relation entre des organes appartenant à des personnes morales distinctes. D'autre part, et c'est l'essentiel, la relation entre les autorités centrales et les autorités périphériques, est, dans la déconcentration, le *pouvoir hiérarchique* (ou l'autorité hiérarchique) du pouvoir central sur les services déconcentrés, tandis que dans la décentralisation ce même rapport est un simple contrôle administratif (encore dénommé tutelle pour les établissements publics).

En première approximation, on peut dire que l'autorité hiérarchique est plus contraignante, notamment parce qu'elle s'exerce autant pour des motifs d'opportunité que pour imposer la régularité juridique des actes. Le contrôle subi par les autorités décentralisées ne doit être qu'un contrôle de régularité ; dès lors qu'un contrôle d'opportunité intervient, on est en présence d'un véritable pouvoir hiérarchique. Malheureusement les textes et la pratique créent parfois des ambiguïtés, d'autant plus que les modalités de ces deux sortes de pouvoirs sont en plusieurs points similaires.

I. L'autorité hiérarchique s'exerce sur les personnes et sur les actes

Sur les personnes, elle comporte le pouvoir de nommer et de révoquer (pouvoir d'investiture et de désinvestiture). Elle permet aussi au supérieur d'infliger à ses subordonnés des sanctions disciplinaires.

Sur les actes, l'autorité hiérarchique s'exerce soit par le pouvoir d'instruction qui est le pouvoir de donner des ordres (généraux ou particuliers), notamment par des circulaires, soit par le pouvoir d'annulation ou de réformation d'une décision.

Ces pouvoirs existent de plein droit au sein d'une organisation publique centralisée sans qu'il soit nécessaire de les prévoir dans un texte. Mais, en outre, des dispositions législatives ou réglementaires peuvent les prolonger par un pouvoir d'approbation préalable (ou d'autorisation) et par un pouvoir de suspension provisoire d'une décision.

---

1. C. Eisemann, ouvrage cité note 1, p. 238, plus spécialement p. 22 (nos 15 et 30) : *La théorie française de la « décentralisation par services »*. L'on peut déplorer aussi le manque d'autonomie des établissements publics et considérer qu'ils devraient relever du même processus décentralisateur que les collectivités territoriales. V. J. Chevallier, « Les transformations du statut d'établissement public », *JCP* 1972.I.2496. (« Il convient, écrivait-il alors, par la mise en place d'instances représentatives, comme par l'octroi d'une véritable autonomie de soumettre enfin les établissements publics au *statut décentralisé* [...] »).

II. Le contrôle administratif peut porter également sur les personnes et sur les actes

Sur les personnes, il ne comporte pas en principe le pouvoir simultané d'investiture et de désinvestiture. Mais, par exemple, il permet de suspendre provisoirement un maire de ses fonctions et peut même aller jusqu'à la révocation définitive de cet élu par décret motivé. Cela est rare, et lié à la gravité d'une situation.

Sur les actes [1], le contrôle s'opère selon plusieurs modalités. Le pouvoir d'instruction ne peut s'exercer car ce serait vider de toute substance l'autonomie de décision. Dans la même optique, le pouvoir d'approbation préalable serait également contraire au principe de la décentralisation. En revanche, celle-ci s'accompagne normalement d'un contrôle de régularité de l'action des autorités décentralisées : le pouvoir d'annulation est confié soit à un juge, soit à une autorité administrative. Enfin dans certaines conditions peut s'exercer un pouvoir de substitution : l'autorité de contrôle agit d'office, après mise en demeure, à la place de l'autorité décentralisée défaillante.

C. Le fédéralisme et le régionalisme

À la différence de la décentralisation, le **fédéralisme** fait coexister dans le cadre de l'État fédéral des collectivités qui sont représentées en tant que telles et égalitairement (sauf exception) au niveau fédéral. Leurs compétences, garanties par la Constitution fédérale, ne peuvent en principe être modifiées qu'avec leur consentement. L'État fédéral n'a que des compétences d'attribution, et chaque État fédéré a sa Constitution, son parlement, son gouvernement, ses tribunaux. L'État fédéral est donc superposé aux États fédérés qui jouissent d'une autonomie juridique et politique et participent directement au fonctionnement de l'État [2].

Georges Scelle a parfaitement caractérisé cette analyse du fédéralisme en énonçant trois *lois* : la loi d'autonomie des États fédérés, la loi de superposition de l'État fédéral aux États fédérés, et, surtout, la loi de participation des États fédérés au gouvernement de l'État fédéral (par la seconde chambre des parlements aux États-Unis ou en Allemagne fédérale, par exemple) [3].

De l'État fédéral doit toutefois encore se distinguer aujourd'hui l'État « régionalisé » ou « autonomique », l'État engagé dans la voie d'un certain **régionalisme.** L'Italie et l'Espagne en sont l'illustration. Sans être des entités fédérales, des régions s'y voient

---

1. *Infra*, section II, p. 248.
2. Le Sénat des États-Unis assure aux États fédérés une représentation égale quelle que soit leur importance, à raison de deux sénateurs par État. En RFA, l'institution fédérale par excellence est le Bundesrat où chaque Land est représenté par au moins trois délégués.
3. G. Scelle, *Précis du droit des gens. Principes et systématique,* Sirey, 1932 (CNRS, Paris, 1984). Avec l'évolution de la construction européenne, se sont multipliées depuis quelques années les réflexions sur le fédéralisme, susceptibles d'en renouveler la conception. V. O. Beaud : « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* 1998.83 ; « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », dans *Actualité de Kelsen en France* (dir. C. M. Herrera), Bruylant-LGDJ, *La pensée juridique*, 2001, p. 47 (« ...si l'on comprend la question européenne comme une question constitutionnelle, il faut nécessairement la concevoir selon nous, comme une question *fédérale*, compte-tenu de l'imbrication des deux ordres juridiques des États-membres et de l'Union européenne ») ; « Du nouveau sur l'État fédéral », *Droits* 2005.229 (« Un des défis du fédéralisme consiste à penser les deux parties en présence de *manière égalitaire* »).

notamment dotées d'un pouvoir législatif exclusif dans toutes les matières ne relevant pas expressément de la compétence de l'État [1].

D. La délocalisation

La véritable décentralisation est celle des compétences. Il ne faut pas la confondre avec la *décentralisation des activités.* Cette prétendue décentralisation est le nom que l'on donne parfois à la répartition des services publics centraux sur le territoire en dehors de la capitale. Il s'agit alors de la **délocalisation** de ces administrations. Elle consiste à déplacer hors de Paris certains organismes relevant de l'administration d'État, dans une perspective d'aménagement du territoire.

Une nouvelle et spectaculaire impulsion avait été donnée à cette politique en 1991, quand avait été décidé le transfert d'un nombre important d'organismes (45), dont l'Agence judiciaire du Trésor, l'ENA et ce qui était alors le SEITA, société du secteur public [2]. Sans avoir le même retentissement, diverses autres délocalisations ont depuis été décidées [3].

Section 2
La politique de décentralisation

Le paradoxe est éclatant. La décentralisation est constamment vantée, inscrite au programme de la gauche comme de la droite. Elle fut défendue par des libéraux comme Benjamin Constant et par un conservateur aussi intégral que Bonald ; elle est vantée par Maurras mais aussi par Clemenceau ; elle est présente dans la monarchie absolue et dans la république parlementaire (au moins dans les Constitutions de 1946 et de 1958). Pourtant, les critiques les plus dures lui sont adressées. Et, régulièrement, des réquisitoires sévères sont prononcés contre les menaces que ferait peser sur l'unité de la République une autonomie régionale ou locale trop poussée [4].

En 1919, déjà, Maurice Hauriou n'hésitait pas à écrire : « Les raisons de la décentralisation ne sont pas d'ordre administratif, mais bien d'ordre constitutionnel. S'il ne

---

1. Outre l'ouvrage cité note 4, p. 230, v. les rapports R. Garrec (sénateur) et P. Clément (député), dans *L'organisation décentralisée de la République*, Aux sources de la loi, Éd. des JO, 2003. Pas question en France de suivre ces exemples ! « En affirmant le caractère décentralisé de l'organisation territoriale, souligne P. Clément (p. 105), la révision constitutionnelle maintient pour sa part l'existence d'un centre, à partir duquel les autorités publiques décident de dé-centraliser ». Ce qui ne signifie pas que le débat soit clos, bien au contraire (v. A. Rousset, Président – socialiste – du Conseil régional d'Aquitaine, Président de l'Association des régions de France, « Le verrou jacobin », *Le Monde* 8 déc. 2005 : « l'Espagne est un bon exemple des dynamiques à l'œuvre lorsque de nouvelles complémentarités sont instaurées entre État central et pouvoirs locaux »).

2. Aux difficultés inhérentes à ce type d'opération (très discutées à l'époque), s'étaient ajoutées des annulations par le Conseil d'État, pour violation (tout autant discutée) des règles de compétence et de procédure. V. R. Schwartz, « Les délocalisations », *AJDA* 1994.456 ; C. Goyard, « Les délocalisations », dans *Les collectivités locales*. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica, 2002.

3. Exemple parmi d'autres : la délocalisation à la Réunion du siège parisien du Territoire des Terres Australes et Antarctiques Françaises (P. Lise, « Une délocalisation atypique : les TAAF », *RDP* 1999. 1109).

4. V., par exemple, J.-É. Vié, *La décentralisation sans illusion,* PUF, 1982 ; R. Hureaux, *Les nouveaux féodaux. Le contresens de la décentralisation*, Gallimard, 2004.

s'agissait que du point de vue administratif, la *centralisation* assurerait au pays *une administration plus habile, plus impartiale, plus intègre, plus économe que la décentralisation* » [1]. Qu'est-ce qui vaut le mieux, en effet, du point de vue administratif ? Comment faire ? Selon quelles modalités ? S'il y a là certainement matière à discussion, on ne saurait nier que la décentralisation n'est pas qu'une question purement technique d'efficacité administrative. Il y a bien aussi ce qu'Hauriou appelait des raisons constitutionnelles. Qu'est-ce qui, par exemple, s'impose du point de vue de la démocratie ? Les questions, toujours, se mélangent. Les enjeux sont complexes à démêler, entre fantasmes et réalités, impliquant en tout cas des choix politiques aux conséquences plus ou moins incertaines.

À l'évidence, l'équilibre entre le centre et la périphérie est difficile à trouver : le dialogue entre centralisateurs et décentralisateurs se répète tout au long de l'histoire, même si le passé plus lointain se caractérise par une « tendance lourde » favorable à la centralisation alors que le tournant de la décentralisation semble avoir été durablement pris en 1982, après bien des hésitations. En d'autres termes, la décentralisation était certes présente dans l'administration française des siècles passés mais la dominante resta bien la centralisation jusqu'à ces dernières années. L'équilibre n'en demeure pas moins instable. Plus de vingt ans après les réformes de 1982 et alors que s'accumulent les lois (organiques ou « ordinaires ») consécutives à la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, le débat est plus que jamais ouvert.

§ 1. De la centralisation à la décentralisation : l'évolution jusqu'en 1982

A. Hier : une centralisation croissante

La France est souvent présentée comme l'archétype de l'**État centralisé**. Elle est « une République indivisible », proclame aujourd'hui l'article premier de la Constitution de 1958. La formule signifie qu'un seul pouvoir doit exercer la souveraineté sur l'ensemble du territoire. Elle interdit qu'une collectivité infra-étatique décide de son propre champ de compétence et se saisisse d'elle-même d'attributions qui ne lui auraient pas été confiées dans le cadre de la Constitution [2]. Si cette indivisibilité n'impose nullement l'uniformité et peut s'accompagner de la reconnaissance de collectivités qui s'administrent librement, « dans les conditions prévues par la loi », force est de reconnaître que cela ne s'est pas fait sans mal.

En supprimant les parlements, en rationalisant la carte administrative par la création des départements et des communes, et l'instauration du système électif, la constituante a posé les bases d'une décentralisation. Mais l'application fut brève. Et avec Bonaparte s'est ouverte l'époque de la plus forte centralisation (la loi du 28 pluviôse an VIII créant l'institution préfectorale). Ce qui n'a pas empêché qu'avec la Monarchie de Juillet,

---

1. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public,* Sirey, 1919 (préface à la 9e éd. intitulée : « La centralisation française »).
2. G. Carcassonne, *La Constitution*, Seuil, coll. « Point-Essais », 7e éd., 2005. V. aussi M. Joyau, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises. Essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 198, 1998 (l'auteur s'interroge sur les conditions dans lesquelles les collectivités locales peuvent disposer d'un « pouvoir normatif autonome »).

commence une lente évolution favorable aux collectivités infra-étatiques [1]. En 1831 et en 1833, le principe de l'élection du conseil général puis du conseil municipal est consacré par la loi. À la fin du XIXe siècle, deux grandes chartes sont adoptées, l'une en 1871 pour le département, et l'autre, en 1884, pour la commune.

Mais les **préfets** veillent à la centralisation et ils disposent pour cela d'une institution typiquement française : la **tutelle** qui est « une arme donnée au pouvoir central à l'encontre des autorités décentralisées, dans l'intérêt de l'unité de l'État » [2] et dont la dénomination signifie bien, malgré les protestations officielles, que les collectivités locales ou départementales sont considérées comme des *incapables* au sens que le droit privé donne à ce terme. Le « tuteur » est partout présent avec ses pouvoirs d'approbation, d'annulation, de substitution, etc. [3]. De plus, à cette tutelle *officielle* s'ajoutent des tutelles plus ou moins *dissimulées,* comme le remarquent les observateurs attentifs des réalités administratives, des tutelles dites *indirectes*. Elles sont multiples, à commencer par les *tutelles financières*. Quand une collectivité décentralisée, par exemple, veut emprunter pour financer une opération, elle n'a souvent d'autre alternative que de s'adresser à des organes de l'État ou dépendant de lui. Qu'une subvention spécifique puisse lui être accordée et sa liberté de choix est encore diminuée. Elle ne l'obtient que si elle se soumet aux conditions posées. On ne saurait oublier, à côté de ces tutelles financières, les *tutelles techniques* : nécessaire respect de contrats-types ou d'actes-types, c'est-à-dire de modèles imposés par l'administration centrale, intervention des ingénieurs de l'État (ponts et chaussées, génie rural...) dans la gestion, etc.

Ces mécanismes juridiques très puissants ne font que refléter une propension globale à la centralisation de l'État qui est illustrée de bien des manières. Ainsi l'avènement du chemin de fer s'accompagne de l'implantation d'un réseau ferré en étoile qui privilégie la capitale dans les relations intérieures. Ou bien encore, la création de l'école publique par la IIIe République a pour effet le triomphe d'une langue nationale sur les langues régionales et d'une culture commune à tous les Français [4].

La centralisation est si forte qu'elle en devient excessive et suscite une franche hostilité.

B. Une décentralisation limitée

En plus de ces excès de centralisation, *deux séries de facteurs* ont suscité diverses réformes à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale.

Tout d'abord, la reconstruction de la France après sa libération s'est prolongée par une politique d'**aménagement du territoire.** Celle-ci a été conduite par divers ministères puis

---

1. P. Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours,* PUF, « Thémis », 1968 (en particulier, p. 144 : « La recherche d'un optimum d'autonomie locale »). Réédité sous le titre « Trésor historique de l'État en France, l'Administration classique », Fayard, Les Savoirs, 1992 ; P. Bodineau, M. Verpeaux, *Histoire de la décentralisation*, PUF, « Que sais-je ? », n° 2741, 2e éd., 1997 ; G. Dupuis, *Le centre et la périphérie en France*, LGDJ, « Systèmes », 2000.

2. R. Maspétiol et P. Laroque, *La tutelle administrative,* Sirey, 1930.

3. S. Regourd, *L'Acte de tutelle en droit administratif français,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 142, 1982.

4. J.-F. Gravier, *Paris et le désert français,* Flammarion, 1947, notamment p. 24 : « Ignorant à la fois la décentralisation (c'est-à-dire les libertés locales) et la déconcentration (c'est-à-dire les délégations d'autorité aux préfets), le système unitaire français a réuni tous les pouvoirs dans une capitale qui devenait ainsi l'unique centre nerveux de la vie nationale. »

par la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale, plus communément appelée la DATAR, créée en 1963 (et remplacée en 2005 par la délégation interministérielle à l'aménagement et à la compétitivité des territoires, DIACT). Étroitement liée à la planification, elle a été l'outil de revitalisation économique des régions, qui s'est appuyée sur des initiatives privées tels que les comités d'expansion économique. Grâce à elle, est apparue plus fortement une volonté de décentraliser au profit de pôles de développement ou de pôles d'équilibre [1]. En somme la décentralisation des activités a précédé et facilité la décentralisation du pouvoir.

Cette dernière est aussi une réponse à une crise de l'État, de la démocratie représentative jugée trop épisodique, de l'aliénation du citoyen. La société civile aspirait à la **participation** ou à l'**autogestion**, et la puissance publique répondit par une certaine reconnaissance de sa diversité et de l'autonomie très relative de ses composantes [2].

Trois épisodes illustrent cette évolution.

I. La Constitution de la IVe République

Elle avait prévu dans son article 87 que « les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel et que l'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président ». Ce dernier (en fait, le président du conseil général) devait donc se substituer au préfet qui était alors l'autorité exécutive du département. Ainsi les constituants de 1946 voulaient-ils franchir une étape décisive dans le rejet de la centralisation napoléonienne. Mais leur volonté fut sans effet : l'article 87 n'a jamais été appliqué.

II. Sous la Ve République

a) Le référendum du 27 avril 1969

Le peuple français était appelé à se prononcer par *référendum* sur un projet de loi relatif à « la création de régions » et à la « rénovation du Sénat ». Tout avait commencé à Lyon, dès le 24 mars 1963 : « L'évolution générale, proclamait le président de Gaulle, porte, en effet, notre pays vers un équilibre nouveau. L'effort multiséculaire de centralisation qui lui fut longtemps nécessaire pour réaliser et maintenir son unité malgré les divergences des provinces qui lui étaient successivement rattachées, ne s'impose plus désormais. Au contraire, ce sont les activités régionales qui apparaissent comme les ressorts de sa puissance économique de demain. » Quand les événements de *mai 1968* bouleversèrent la France, le pouvoir hésita sur la solution possible. Dans un premier temps, le chef de l'État affirma son intention de procéder à un référendum sur la participation (notamment au

---

1. Y. Madiot, R. Le Mestre, *Aménagement du territoire*, A. Colin, coll. « U », 4e éd., 2 001 ; *40 ans d'aménagement du territoire*, La Documentation française/DATAR, coll. « Territoires en mouvement », 2003 ; J. Monod et P. de Castelbajac, *L'aménagement du territoire*, PUF, « Que sais-je ? », no 987, 2004.
2. Par exemple, de Gaulle expliquait, lors de son allocution radio-télévisée du 11 mars 1969, que « le malaise des âmes peut se dissiper si chacun participe activement à son propre destin » et il esquissait aussi le triptyque de la participation : l'**université** dotée de « conseils élus où professeurs et étudiants exerceront normalement en commun leurs responsabilités » ; l'**entreprise** où s'ébauche une « association qui peut et doit avoir les meilleures conséquences pour la concorde sociale et l'ardeur économique » ; enfin, les **régions,** « centres nouveaux de l'initiative et de la coopération » et « ressorts du développement ».

niveau régional) : l'opération ne put avoir lieu. Dans un second temps, le général de Gaulle décida de dissoudre l'Assemblée nationale, mais il précisa dans un entretien télévisé que « le référendum aura lieu en son temps ». Et, en effet, il n'abandonna pas son projet. La préparation du projet de loi référendaire fut ouverte par une vaste consultation : le Premier ministre envoya aux préfets une circulaire en date du 28 août 1968 pour qu'ils recueillent des avis sur les dimensions, les pouvoirs, les moyens financiers, les organismes représentatifs, l'administration de la région. Puis M. Jeanneney, ministre d'État, présenta les réformes projetées, le 11 décembre 1968, devant l'Assemblée nationale, et, le 16 décembre 1968 devant le Sénat. Le Parlement n'eut à connaître que des principes de la régionalisation et de la rénovation du Sénat et non d'un texte précis. De plus, ses délibérations s'achevèrent sans qu'intervienne un vote. Enfin, la campagne référendaire proprement dite s'ouvrit le 14 avril 1969. Elle fut particulièrement animée. Les thèmes principaux de cette bataille acharnée concernèrent d'ailleurs la conjoncture politique générale, et, surtout la succession éventuelle du chef de l'État beaucoup plus que la régionalisation.

Le peuple français a rejeté le projet de loi référendaire : les non (53 %) l'emportèrent sur les oui (47 %). Ainsi fut rejetée la régionalisation qui aurait pu être une étape importante dans une politique de décentralisation [1]. Finalement, il fallut se contenter de la timide réforme régionale de 1972 [2] qui apparaît à bien des égards comme une sorte de contre-feu : l'heure de la décentralisation était-elle passée ?

b) Le projet de loi pour le développement des responsabilités locales (1979)

Élu président de la République en 1974, M. Giscard d'Estaing a confié une mission de « réflexion approfondie » à M. Guichard et celui-ci lui remit, en 1976, le rapport préparé par la commission de développement des responsabilités locales et intitulé *Vivre ensemble* [3]. Le diagnostic est sévère. Évoquant les bovins paralysés par un excès de nourriture, la commission décrit « *l'État gonflé* » : « La situation d'aujourd'hui, c'est donc d'abord un État qui a absorbé en lui presque toute la substance administrative. Au regard des responsabilités locales, elle est évidemment malsaine. Mais elle l'est aussi si l'on a le souci de la dignité de l'État ou de l'efficacité administrative. L'État, en effet, s'est englué dans le quotidien. Il est de plus en plus appelé à entrer dans la gestion de la vie des Français : éducation, habitat, santé, etc. Par lui-même ou par personne interposée, il gère telle prime ou indemnité, dispense tel avantage. Il sécrète à cette fin une réglementation détaillée et pointilliste, à laquelle les fonctionnaires s'accrochent ensuite avec passion. Ainsi pris, l'État n'a souvent ni le temps ni le recul suffisant pour jouer le jeu que la

---

1. Cela ne signifie pas que les citoyens étaient hostiles à cette décentralisation. En réalité, par la volonté conjuguée du général de Gaulle et de l'opposition, la consultation fut essentiellement politique. Mais tous les débats de la campagne ont souligné à l'envi la légitimité de la décentralisation régionale : si les projets gouvernementaux ont été très vivement critiqués, le principe même de la régionalisation a réuni à peu près l'unanimité. Deux images illustrent aisément cette constatation : Gaston Defferre, maire socialiste de Marseille, prenant la parole à la télévision en faveur du « non », commença son allocution par ces mots, « je suis régionaliste » ; quant au leader indépendant, l'ancien ministre des Finances, Giscard d'Estaing, il choisit *L'Aurore* pour exposer sa pensée, et, désapprouvant le référendum, il précisa néanmoins que « la régionalisation est en elle-même souhaitable et même aussi nécessaire à l'intérieur que l'européanisation à l'extérieur ».

2. V. *infra*, p. 274.

3. *Vivre ensemble*, Rapport de la commission de développement des responsabilités locales, La Documentation française, 1976 (2 vol.).

collectivité attend de lui : surveiller les grands équilibres, poser les règles de la vie en société, en contrôler le respect. En revanche, il s'est substitué au rôle normal des collectivités locales. »

Les propositions de cette commission n'emportèrent sans doute pas la conviction du chef de l'État. La réforme fut retardée. Un questionnaire fut envoyé aux maires puis un long débat s'instaura dans les départements. Il aboutit à un *projet de loi pour le développement des responsabilités locales* dont les 152 articles s'ordonnaient autour de grands objectifs qu'une note d'information du ministère de l'Intérieur résumait en quatre mots : *liberté* (« les communes sont désormais considérées comme majeures »), *clarté* (« le principe appliqué, c'est celui des blocs de compétences exclusives »), *efficacité* (« statut des élus locaux et des personnels communaux, coopération intercommunale »), *participation* (« institution d'une procédure de référendum communal »). L'ambition ainsi proclamée était grande mais les mesures concrètement envisagées restaient trop limitées (il n'était pas question de la région, le rôle des préfets demeurait inchangé au niveau du département, etc.). Aussi, après l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République et d'une nouvelle majorité à l'Assemblée nationale, ce projet fut abandonné pour une réforme plus ample et plus profonde [1], bien qu'il eût été adopté en première lecture par le Sénat.

§ 2. LA DÉCENTRALISATION DE 1982 : AMPLES RÉFORMES, NOUVELLES INTERROGATIONS ET NOUVELLES RÉFORMES

A. Les réformes entreprises

La politique de décentralisation lancée par le gouvernement Mauroy a conduit à la présentation au Parlement, dès le mois de juillet 1981, par Gaston Defferre, ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation, d'un nouveau projet relatif « aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ». Ce texte a été adopté définitivement par le Parlement le 28 janvier 1982 après quatre lectures à l'Assemblée nationale et trois au Sénat : mais, vivement critiqué par l'opposition, il a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel qui a rendu sa décision le 25 février 1982. Certaines dispositions ayant été déclarées non conformes à la Constitution, le gouvernement a corrigé en conséquence la loi qui a été promulguée le **2 mars 1982** [2] sans ces dispositions que le Conseil constitutionnel avait estimées « séparables du reste de la loi » [3]. Une loi complémentaire est intervenue le **22 juillet 1982,** précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle sur les actes des autorités locales [4].

---

1. Toutefois, deux lois à caractère financier ont été adoptées, la première du 3 janvier 1979 portant création d'une dotation globale de fonctionnement, la seconde du 10 janvier 1980 portant aménagement de la fiscalité locale (vote par les collectivités elles-mêmes des taux des quatre taxes locales).
2. Loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions (*JO* 3 mars 1982, rectificatif *JO* 6 mars 1982).
3. CC 25 févr. 1982, *AJDA* 1982.294 ; *GDCC*, nº 29.
4. Loi du 22 juillet 1982 modifiant et complétant la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales (*JO* 23 juill. 1982).

D'autres textes sont intervenus, notamment sur la répartition des compétences et des charges [1], les finances des collectivités décentralisées, l'organisation des grandes villes [2], le statut des fonctionnaires territoriaux. Sur ce dernier point, il a fallu surmonter l'antagonisme entre des élus locaux revendiquant une levée des entraves à leur autonomie de gestion et des syndicats de fonctionnaires souhaitant pour les agents territoriaux un socle de garanties, de droits, calqués sur le statut de la fonction publique d'État. Une première vague de réformes est intervenue par la loi du 24 janvier 1984. Cette loi repose sur trois principes essentiels : unité (une seule fonction publique territoriale), parité (par rapport aux règles de la fonction publique d'État) et spécificité (principe de libre administration des collectivités locales). De nombreuses autres lois ont suivi, notamment celle du 13 juillet 1987 qui a accentué la spécificité de la fonction publique territoriale par la localisation de la gestion des carrières. Existe ainsi un statut qui permet aux collectivités décentralisées de disposer d'une fonction publique propre, construite sur le modèle de celle de l'État mais aussi sur le principe de libre administration [3].

Dix ans après les premières grandes réformes, le législateur a poursuivi son œuvre avec l'importante loi du **6 février 1992** relative à l'administration territoriale de la République qui, en matière de décentralisation, crée de nouveaux procédés de coopération [4]. La loi du 3 février 1992 relative aux conditions d'exercice des mandats locaux a permis, quant à elle, une nouvelle définition des droits et garanties des élus locaux et un réaménagement des indemnités de fonction [5].

Au total, plusieurs dizaines de lois sont venues compléter et modifier les textes de 1982. L'essentiel a été rassemblé dans le **Code général des collectivités territoriales** (CGTC). N'y figurent pas, par exemple, les dispositions relatives aux compétences, lesquelles se trouvent ou pourront se trouver dans d'autres codes (urbanisme, environnement...) [6].

L'ensemble de ces réformes très complexes et diverses comprend, en définitive, cinq chapitres principaux.

---

1. Loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État (*JO* 9 janv. 1983) ; loi du 22 juillet 1983 complétant la loi du 7 janvier 1983 (*JO* 23 juill. 1983).
2. Loi du 13 mai 1991 instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région Île-de-France (comm. Y. Jegouzo, *RFAP* 1991.322) ; loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 (comm. H. Jacquot, *AJDA* 1991.892).
3. V. dossier 7, p. 351.
4. Sur cette loi, *supra*, p. 208 (en tant qu'elle concerne la déconcentration) et *infra*, p. 307 (sur les coopérations interdépartementale et interrégionale) et p. 310 (sur la coopération intercommunale).
5. V. dossier intitulé « Les conditions d'exercice des mandats locaux », *RFDA* 1992.957 ; comm. Y. Jegouzo, *AJDA* 1992.427. Sur des « améliorations notables » encore apportées par la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité : I. Muller-Quoy, « L'élu local : nouveau statut, nouveau droit », *AJDA* 2002.283. Et, plus généralement, L. Janicot, *Les droits des élus membres des assemblées des collectivités territoriales*, LGDJ, « Bibl. de droit public », 2004.
6. Loi du 21 février 1996 relative à la partie législative du Code général des collectivités territoriales (*JO* 24 févr. 1996) ; Code publié – avec la partie réglementaire (Décr. 7 avr. 2000) – par Dalloz, Litec ou encore Berger-Levrault. *Adde* : « Aspects de la rénovation administrative. Le Code général des collectivités territoriales », *Entretien avec G. Braibant*, *RFDA* 1996.177. Et sur l'historique de la codification des textes relatifs aux collectivités territoriales et les limites de la codification « à droit constant » : M. Verpeaux « À propos de la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du CGCT », *RFDA* 1999.965.

a) Transformation de la région en collectivité territoriale

Les établissements publics régionaux (EPR) de 1972 acquièrent la qualité de collectivités territoriales qui, comme les communes et les départements, s'administrent librement par des conseils élus. Toutefois, cette transformation radicale ne prend effet qu'à la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel direct (élections du 16 mars 1986).

b) Accroissement du rôle des présidents des assemblées délibérantes

Dans la commune, le *maire* élu par le conseil municipal était déjà l'autorité exécutive de cette assemblée alors que dans le département et la région, c'est le *préfet* qui préparait et exécutait les délibérations du conseil général et du conseil régional (contrairement à ce qu'avait pourtant décidé la Constitution de 1946). Désormais le préfet (appelé *commissaire de la République* [1] de 1982 à 1988), doit jouer pleinement son rôle de représentant de l'État mais laisser les attributions d'autorité exécutive des collectivités territoriales décentralisées à leurs détenteurs naturels, le *président du conseil général* et *le président du conseil régional.*

c) Substitution du contrôle à la tutelle

Les tutelles disparaissent [2] et les contrôles sont désormais, sauf quelques exceptions des *contrôles a posteriori de régularité* (et non plus d'opportunité). Ils sont *juridictionnalisés,* le rôle fondamental revenant au tribunal administratif et à la chambre régionale des comptes, sans que, pour autant, le préfet soit réduit à faire de la figuration dans le dialogue nécessaire entre l'État et les autres collectivités territoriales — il est toutefois des cas où le pouvoir de substitution du préfet est maintenu, après mise en demeure [3], et la tutelle technique est seulement allégée [4]. Pour éviter le risque de reconstitution de tutelles, sous d'autres formes, le législateur a pris soin de préciser dans la loi du 7 janvier 1983 que « les transferts de compétences au profit des communes, des départements et des régions ne peuvent autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles ». Cependant, la pratique administrative révèle une image parfois fort différente des intentions législatives. Une certaine tutelle de fait peut exister d'une collectivité décentralisée sur une autre. En matière de politique économique, sociale et culturelle, mais aussi en matière environnementale, la prédominance de la région ou du département sur la commune oblige cette dernière à moduler sa politique avec celles des autres collectivités locales. La multiplication des financements croisés est aussi un facteur indéniable de la mise en cause de ce principe.

\- *Le contrôle de la légalité des actes*

La loi du 22 juillet 1982 précise les actes soumis au contrôle dans un sens restrictif. Elle opère une distinction entre les *actes nombreux mais secondaires de gestion courante* des

---

1. A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, « La décentralisation et ses symboles », *RA* 1983.437.
2. *Contra* : S. Regourd, « La prétendue suppression de la tutelle », *RA* 1982.613, et aussi J.-F. Auby, « La décentralisation fait-elle naître de nouvelles tutelles ? » ; *AJDA* 1984.412.
3. Sur le cas de la police, *infra*, p. 514.
4. Articles 90 et 91 de la loi du 2 mars 1982 ; articles L. 1111-5 et 6 du CGCT.

services ou d'administration interne qui entrent directement en vigueur après publication ou notification et les *actes plus importants* qui ne deviennent exécutoires qu'après transmission au représentant de l'État dans le département (délibérations des assemblées délibérantes, décisions prises par délégation de ces assemblées, mesures de police émanant du maire ou du président du conseil général, ensemble des actes réglementaires et des conventions relatives aux marchés, aux emprunts, à la concession ou à l'affermage des services publics locaux, départementaux ou régionaux, nominations, promotions, sanctions et licenciements des personnels). La loi du 6 février 1992 précise l'obligation de transmission des conventions de marché dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. Quant à la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, elle étend cette obligation aux conventions de délégation de service public et prévoit que sont également soumises à ces dispositions les décisions relevant de l'exercice de puissance publique, prises par les sociétés d'économie mixte locales pour le compte d'une commune, d'un département, d'une région ou d'un établissement public de coopération intercommunale ou interdépartementale [1].

Sauf exception, aucun délai n'est prévu [2]. La réception des actes par le représentant de l'État doit être prouvée (par tout moyen). Dans les deux mois suivant cette transmission, le représentant de l'État peut déférer au tribunal administratif les actes qu'il estime irrégulier. Dans ce cas, il doit informer sans délai l'autorité décentralisée et lui communiquer toutes les précisions nécessaires sur les irrégularités. Cette procédure, appelée **déféré préfectoral** a été assimilée par le juge au recours pour excès de pouvoir. En dépit de quelques règles particulières elle est soumise au même régime juridique [3]. Elle se déclenche soit spontanément (à l'initiative seule du représentant de l'État), soit par l'initiative d'un tiers lésé (personnes physiques ou morales) qui saisit le préfet d'une demande de déféré préfectoral. Dans le premier cas, le déféré est dit *spontané ou direct,* dans le second cas il est qualifié de déféré *provoqué ou indirect.* La jurisprudence a apporté quelques précisions sur son mécanisme. Elle écarte la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le refus de déférer du préfet, mais elle admet que la demande de déféré faite au préfet proroge le délai de recours de l'intéressé contre l'acte de la collectivité, ce qui lui permet, en cas de refus, de saisir lui-même le juge [4]. Au contraire, un désistement en cours d'instance du préfet ayant saisi le tribunal administratif ne rouvre pas au profit de l'intéressé le délai expiré du recours [5].

---

1. Pour l'énumération précise des actes soumis à transmission : CGCT, art. L. 2131.2 (actes des communes), L. 3331.2 (départements), L. 4141.2 (régions). Afin de permettre aux préfectures de concentrer le contrôle sur les actes essentiels et rendre ce contrôle plus efficace, la loi du 13 août 2004 a réduit le nombre des actes soumis à l'obligation de transmission ; supprimant de la liste, par exemple, les décisions relatives à la police de la circulation et du stationnement. Dans le même temps, a été ouverte au préfet, la faculté de demander communication de toute catégorie d'acte ne figurant pas sur la liste – Et il a été précisé que les transmissions peuvent se faire par voie électronique (ce qui doit conduire à généraliser la *« dématérialisation du contrôle »*).
2. Toujours dans le but d'améliorer le contrôle, la loi du 13 août 2004 institue, « pour les *décisions individuelles...* un *délai de quinze jours* à compter de leur signature ».
3. CE 26 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie*, *AJDA* 1991.963, chron. Ch. Maugüe et R. Schwartz.
4. CE 25 janv. 1991, *Brasseur*, *RFDA* 1991.587, concl. B. Stirn.
5. CE 6 déc. 1999, *Société Aubettes SA*, *RFDA* 2000.1242, note critique de B. Seiller (l'intéressé, estime-t-il, est « tombé dans un piège » : le préfet ayant déféré, il n'a pas agi ; quand le préfet se désiste, il n'a plus de recours possible...).

Les actes dont l'entrée en vigueur n'est pas soumise à l'obligation de transmission au préfet ne sont évidemment pas soustraits à tout contrôle ; ils peuvent faire l'objet, de la part d'une personne intéressée, d'une demande de saisine du juge administratif au représentant de l'État, et la jurisprudence a admis que le préfet lui-même peut déférer les actes qui lui sembleraient irréguliers, y compris en matière contractuelle [1]. Il peut, de même, déférer la décision née du silence gardé par une autorité locale sur une demande qu'il lui a lui-même adressée [2].

Le déféré peut être assorti d'une demande de *suspension des actes* dans des conditions qui ne sont pas celles du droit commun en la matière. La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, tout en procédant à quelques aménagements, a laissé subsisté les régimes particuliers existants antérieurement [3].

En dépit de toutes ces règles, le contrôle de légalité soulève des problèmes et a fait l'objet de critiques, en raison de la très faible proportion des recours devant le juge au regard du nombre des actes transmis aux préfets. Des analyses ont montré qu'en réalité s'est principalement développée une régulation administrative par le biais d'observations faites par les préfets aux collectivités sur la légalité de leurs actes. Cette phase « pré-contentieuse » n'est certes pas sans utilité mais elle ne peut se substituer au contrôle du juge. Or la rareté des déférés préfectoraux (avec, de plus, une grande disparité des comportements des préfets) est loin de s'expliquer par le respect de la légalité de la part des collectivités. Ces dernières années diverses améliorations ont néanmoins été apportées, les préfets étant incités à utiliser plus largement le déféré [4].

- *Le contrôle budgétaire et financier*

Un contrôle particulier sur les actes budgétaires est prévu par la loi dans les quatre cas suivants : le budget n'a pas été voté dans le délai légal ; il n'a pas été adopté en équilibre réel ; une dépense obligatoire n'a pas été inscrite ; il existe un déficit dans le compte administratif. Ce contrôle comporte l'intervention d'un organisme nouveau, la *Chambre régionale des comptes* [5], mais il laisse au préfet un pouvoir fort important. Lorsque celui-ci constate une irrégularité budgétaire, il saisit la Chambre qui formule des propositions. Si la collectivité concernée n'agit pas en conséquence, le préfet exerce, après mise en demeure, un *pouvoir de substitution,* c'est-à-dire d'action d'office. Il peut alors s'écarter de la proposition faite par la Chambre, à la condition de *motiver* explicitement sa décision.

La Chambre régionale des comptes se voit attribuer par ailleurs une fonction juridictionnelle : le contrôle *a posteriori* des comptes des comptables publics. Dans chaque commune, chaque département ou région, un *comptable public* est nommé par le ministre chargé des Finances ; il accomplit les actes de *paiement* des dépenses des collectivités

---

1. CE 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe*, *AJDA* 1994.898, concl. Ch. Maugüe.
2. CE 28 févr. 1997, *Commune de Port*, *AJDA* 1997.476, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.
3. Sur les procédures à la disposition du préfet, art. L. 554 du CJA – 1 à 5, et *infra*, p. 494.
4. Outre les aménagements qui résultent de la loi du 13 août 2004 (comm. M.-C. Rouault, *JCP A*, n° 1016), v. la circulaire aux préfets du ministre de l'Intérieur du 17 janvier 2006 (site internet du ministère) : plutôt que de s'attacher à un contrôle exhaustif mais superficiel, les préfets doivent déterminer des champs de contrôle prioritaires.
5. CGCT, art. L. 1612.1 et s.

décentralisées et de leurs établissements publics, il contrôle la régularité financière des décisions de l'ordonnateur (le maire, le président du conseil général, le président du conseil régional...) -- sans avoir compétence pour en apprécier l'opportunité.

Enfin, les Chambres régionales des comptes sont chargées d'un contrôle de gestion. Elles peuvent adresser des observations aux collectivités décentralisées et vérifier les comptes des organismes auxquels ces dernières apportent un concours financier ou dans lesquels elles exercent un pouvoir prépondérant (par exemple, en détenant plus de la moitié du capital).

L'institution des Chambres régionales des comptes a amélioré très sensiblement le contrôle financier des collectivités décentralisées. Pourtant l'étendue de leurs prérogatives et la rigidité de certaines de leurs interventions ont été critiquées, ce qui explique la succession des réformes. En 1988, en particulier, les Chambres régionales des comptes voient leur rôle restreint à l'égard des petites communes (l'apurement de leurs comptes appartient de nouveau aux trésoriers-payeurs généraux). En revanche, la loi du 6 février 1992 renforce leurs pouvoirs de contrôle sur saisine du préfet ; l'objectif est, par une amélioration des procédures de surveillance, de permettre une détection rapide des irrégularités et des difficultés financières graves (les dispositions concernent le contrôle des budgets, le contrôle de gestion, le contrôle des conventions relatives aux marchés ou aux délégations de service public). Est également prévu un suivi, par les Chambres, des budgets supplémentaires afférents à un budget primitif réglé par le préfet, et une présentation obligatoire, en annexe au budget, de documents permettant d'apprécier la situation financière synthétique de la collectivité. La loi du 29 janvier 1993 a, de même, considérablement étendu le contrôle financier. Les chambres régionales des comptes peuvent, dans le cadre du contrôle des comptes de l'autorité délégante, vérifier auprès des délégataires de service public les comptes qu'ils ont produits aux autorités délégantes [1].

d) Transferts de compétences

Ce sont les lois du 7 janvier et 22 juillet 1983 qui ont instauré le transfert des compétences entre l'État et les collectivités locales décentralisées [2].

Les collectivités décentralisées bénéficient d'un élargissement de leurs attributions qui obéit à quatre principes : constitution de *blocs de compétences* le mieux identifiables possible, maîtrise des dépenses et des recettes par la collectivité bénéficiaire (qui organise le service, fixe le niveau des prestations, établit la tarification...), compensation des charges transférées, maintien de la législation et de la réglementation en vigueur. L'urbanisme et,

---

1. V. le Code des juridictions financières (notamment dans le *Code administratif* Dalloz). S'est encore ajoutée la loi du 21 décembre 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes (*JO* 26 déc. 2001) qui consolide le statut des magistrats financiers et, notamment, donne une définition du contrôle de gestion : « L'examen de la gestion porte sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ».

2. D'autres textes sont intervenus comme la loi du 7 juillet 1983 sur les sociétés d'économie mixte locale, les lois du 25 janvier 1985 et 19 août 1986 relatives aux transferts de compétences en matière d'enseignement public, la loi du 1er janvier 1986 relative aux transferts de compétences en matière d'environnement et de la culture, celle du 6 janv. 1986 adaptant la législation sanitaire et sociale aux transferts de compétences en matière sanitaire et sociale, etc.

conformément à la situation existante, l'enseignement du premier degré sont les deux points forts des transferts décidés en 1983 au profit des communes qui sont aussi considérées, par les lois nouvelles, comme le « cadre institutionnel de la participation des citoyens à la vie locale ». Quant aux départements, ils ont en charge l'aide sociale et les collèges. Enfin, les régions, outre leur rôle dans l'aménagement du territoire, sont responsables de la formation professionnelle et des lycées.

e) Globalisation des concours de l'État

Le processus de globalisation avait commencé dans les années 1970. Il était demandé par des élus que se plaignaient d'un « saupoudrage » des financements, générateur d'incertitude, de complexité et de lenteur des procédures. Ont ainsi été mises en place, à partir de 1982, une *dotation globale d'équipement* (DGE) et une *dotation générale de décentralisation* (DGD) qui sont venues s'ajouter à une *dotation globale de fonctionnement* (DGF).

B. Les difficultés de la politique de décentralisation : nouvelles interrogations et nouvelles réformes

Le train des réformes engagé en 1982 se voulait ambitieux, novateur, et visait à supprimer les freins à une réelle décentralisation administrative. Mais l'opération comportait divers paris quant au succès dans l'application concrète, et de nombreuses difficultés et interrogations sont vites apparues.

Le premier pari était évidemment celui sur *l'attitude des élus :* comment les bénéficiaires de cet accroissement de la décentralisation allaient-ils recevoir ces possibilités étendues de « travail sans filet » ? Si les libertés nouvelles sont bien accompagnées de responsabilités pleines et entières, il y a certes des risques pour les autorités locales. La fin de la tutelle offre matière à réflexion. Le rôle ancien des préfets ou des sous-préfets n'était sans doute pas ce qu'il y avait de plus contestable et gênant dans les relations entre l'État et les collectivités infra-étatiques. La fonction de conseil exercée largement dans les faits par les représentants de l'État a ainsi continué d'être sollicitée, au moins par les élus des petites communes.

Un autre pari, également lié à la tutelle, concernait les *réactions des administrations centrales.* Allaient-elles suivre l'esprit et la lettre de la réforme engagée en amoindrissant les fameuses tutelles indirectes (techniques et financières) qui pesaient sur nombre d'actions des collectivités ? Force est de constater que les réticences des administrations d'État sont fortes et s'appuient notamment sur un redéploiement des services déconcentrés à la suite de la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République. La charte de la déconcentration fait de l'organisation des services le principe d'une bonne administration de l'État, les services centraux disposant d'une compétence d'attribution. Seul un véritable dialogue et une bonne collaboration entre les services déconcentrés et les services décentralisés peuvent permettre une décentralisation réelle dans le respect de la règle de droit.

Enfin on peut voir un pari dans l'*institution de quatre niveaux administratifs* : État, région, département, commune. S'ajoutent les regroupements de communes. N'est-ce pas trop ? Entre l'État et des communes excessivement nombreuses, régions et départements peuvent-ils coexister ? Dans la négative, quel niveau privilégier ? « Départementalistes »

et « régionalistes » ne cessent de s'opposer, et la politique européenne, tendant à privilégier les régions, vient renforcer le débat. À tout le moins, il existe des risques de tension pour la répartition des tâches, des financements, et tout système de coopération soulève des problèmes [1]. Se pose aussi le problème du *cumul des mandats électifs* : les responsabilités augmentées au niveau des diverses collectivités exigent une limitation rationnelle des charges et donc une remise en cause des pratiques — obtenir un mandat local est encore considéré comme une étape dans une carrière politique nationale et le cumul d'un mandat local avec un ou plusieurs mandats locaux ou nationaux est une constante de la vie politique française. En 1985, le législateur a apporté quelques progrès en introduisant des limites (loi organique du 30 décembre 1985), sans régler pour autant le problème. En 2000, une nouvelle réforme est intervenue [2] après de nombreux débats montrant la réticence des parlementaires à établir une limitation très stricte de leur mandat avec des mandats locaux. Il résulte néanmoins de ces lois une réduction des cumuls. Tout d'abord, il est interdit de cumuler plus de deux mandats dans les assemblées locales, et de cumuler des fonctions exécutives locales. Ensuite, ces fonctions exécutives locales sont incompatibles avec un mandat de représentant au Parlement européen (mais non avec un mandat de député ou sénateur, ce qui constitue une différence discutable). Enfin, un mandat de député ou sénateur n'est compatible qu'avec un seul mandat dans une assemblée locale (pour le mandat de conseiller municipal cela ne concerne que les communes d'au moins 3 500 habitants).

Au-delà de ces paris, bien des problèmes très aigus subsistent : par exemple, celui des **disparités considérables entre les collectivités.** Non seulement reste à régler l'épineuse question des départements et régions « pauvres » (le droit à la différence doit être combiné avec l'égalité des citoyens...), mais surtout demeure la situation originale de la France, à savoir l'existence de 32 000 petites communes de moins de 2 000 habitants dont l'autonomie est en grande partie un mythe. Le législateur tend à remédier à ces inégalités ; il en résulte un dispositif très complexe et évolutif de péréquation. Différentes lois, en matière sociale, de politique de la ville, d'aménagement du territoire reviennent sur ces différentes considérations. Ainsi, est intervenue la loi du 13 mai 1991 instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région Île-de-France [3]. La loi du 4 février 1995, quant à elle, a créé un fonds national de péréquation dont le but est de développer l'emploi, de favoriser le maintien, la croissance et la création des entreprises petites et moyennes dans les zones d'aménagement du territoire, dans les territoires ruraux de développement prioritaires et dans les zones de redynamisation urbaine [4]. En la matière, comme en d'autres, beaucoup reste malgré tout à faire.

Autre exemple, celui de la **fragilité des « blocs de compétences ».** Ils constituaient l'un des piliers de la politique de décentralisation mais, dans la pratique, ils ont fait place à ce

---

1. V., *infra*, p. 307.
2. Loi organique du 5 avril 2000, relative aux incompatibilités entre mandats électoraux et loi du 5 avril 2000 relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions électives et à leurs conditions d'exercice ; décisions CC du 30 mars 2000 (*JO* 6 avr. 2000, comm. Chr. Guettier et E. Schoettl, *AJDA* 2000.427 et 442).
3. Loi citée p. 247, note 2. *Adde* : Y. Jegouzo, « La décentralisation et la ville », *AJDA* 1992, n° spécial *Décentralisation. Bilan et perspectives*, p. 101.
4. R. Muzellec, « La péréquation financière entre les collectivités locales : perspectives et réalités », *RFDA* 1995.923.

que Hauriou appelait déjà la « coadministration » : la *« semi-décentralisation »* qui fait intervenir simultanément l'État et une ou plusieurs collectivités infra-étatiques. On assiste alors à un enchevêtrement des compétences qui met à mal le principe de répartition par blocs. Il aboutit à une multiplication des financements croisés, verticaux (État-collectivités locales) ou horizontaux (intra collectivités locales). La majeure partie de la politique sociale, économique, culturelle, ainsi que toute la politique de la ville se sont basées sur une *contractualisation* des rapports entre personnes publiques. Contrats, conventions, avenants sont monnaie courante. Ce type de gestion des politiques publiques permet aussi bien une plus grande souplesse entre collectivités qu'une plus grande responsabilisation de chacun des acteurs potentiels. Mais il peut aussi entraîner une dilution des responsabilités et un éparpillement du financement au risque d'aboutir à un certain saupoudrage, trop superficiel pour mener à bien une politique en profondeur et sur le long terme [1].

Dernier exemple, celui de la **faiblesse de la participation**. Faute d'un véritable concours de la part des administrés à la vie locale, la décentralisation risque fort d'aboutir à la naissance de nouvelles féodalités. La loi du 6 février 1992 apporte quelques solutions, dans son titre 2 intitulé « De la démocratie locale ». Sans remettre en question la démocratie représentative (au profit du conseil municipal et du maire), elle dispose que « le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale ». Ainsi, diverses dispositions améliorent l'information sur les budgets et l'exploitation des services publics délégués. Quant à la participation, elle est renforcée par la possibilité d'organiser une *consultation* des électeurs : celle-ci est à l'initiative des seuls élus, et son résultat ne lie pas le conseil municipal. La loi du 4 février 1995 sur l'aménagement du territoire permet aussi à un cinquième au moins des électeurs d'une commune (ou des communes d'un EPCI) de demander l'organisation d'une consultation sur une opération d'aménagement relevant de la décision des autorités municipales (ou de l'EPCI). Dans le même temps, une jurisprudence restrictive du Conseil d'État conduit toutefois à limiter le champ d'application des consultations aux seules « affaires de la commune », excluant celles qui peuvent la concerner très directement mais ne sont pas de sa compétence [2].

Dès le milieu des années 1980 et tout au long des années 1990, des bilans de la politique de décentralisation ont été dressés avec soin dans des ouvrages, articles juridiques, rapports officiels [3]. Au fil des lois nouvelles, ils n'ont cessé de se succéder, suscitant à leur tour de nouvelles réformes. Pendant le gouvernement Jospin, **trois lois** ont ainsi sensiblement transformé le cadre juridique de la coopération intercommunale et du développement territorial : *la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le*

---

1. Sur le phénomène de la contractualisation et sa portée, v. *infra*, dossier 9 (Contrats de l'Administration), p. 452, *Pour approfondir*.
2. CE 16 déc. 1994, *Commune d'Avrillé*, *AJDA* 1995.838, note Y. Jegouzo, *Les Petites Affiches*, 31 mai 1995, p. 13, note G. Koubi (n'admet pas la consultation sur un projet d'autoroute traversant la commune) ; CE 29 déc. 1995, *Géniteau*, *AJDA* 1996.111, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux (l'admet à propos de la délivrance d'un permis de construire un projet immobilier).
3. Par exemple : *AJDA*, 20 avr. 1992, n° spécial *Décentralisation. Bilan et perspectives ;* Commission de préparation du XIe Plan, « Décentralisation : bilan et perspectives », présidée par M. Buron, *Décentralisation : l'âge de raison*, La Documentation française, 1994 ; CE, Rapport public 1993, *Décentralisation et ordre juridique*, *EDCE*, n° 45, 1994 ; J.-L. Bœuf, « Quinze ans de décentralisation », *Problèmes politiques et sociaux,* 1997, n° 787.

développement durable du territoire ; *la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale ; la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains* [1]. Dans le même temps, une « commission pour l'avenir de la décentralisation », composée d'élus et présidée par l'ancien Premier ministre de 1982 (Pierre Mauroy), a dégagé ce qu'elle estimait être de nature à refonder l'action publique locale [2]. L'accent est plus particulièrement mis sur l'autonomie fiscale des collectivités, l'accroissement du poids des régions, la démocratisation de l'intercommunalité. Il en est résulté la *loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité* : 167 articles qui vont de l'instauration de « conseils de quartiers » dans les communes de 80 000 habitants et plus à la prévention des effondrements des cavités souterraines et des marnières en passant par les opérations de recensement [3]. Des mesures certes non négligeables mais qui semblent parfois perdre de vue la démocratie de proximité et sont en tout cas loin de la nouvelle grande réforme que d'aucuns appelaient de leurs vœux. Comme souvent, les débats parlementaires ont surtout montré la difficulté de réformer. Ainsi, les modestes « conseils de quartiers » ont suscité bien des discussions. La mobilisation d'élus craignant l'affaiblissement des pouvoirs des maires a conduit à relever un seuil initialement fixé à 20 000 habitants. Tout aussi significatives ont été les discussions autour d'un amendement — finalement retiré — qui prévoyait l'élection des conseillers intercommunaux au suffrage universel direct en 2007.

À certains égards, semblait se répéter la situation d'avant 1981. Ce n'était plus le rapport Guichard, c'était le rapport Mauroy qui laissait perplexe. Des propositions multiples étaient faites qui ne débouchaient sur aucun grand projet et plaçaient dans l'attente d'une grande réforme, d'un « acte II » de la décentralisation. S'est-il imposé après 2002, comme après 1981, à la faveur de l'élan (ou du choc) suscité par l'élection d'un nouveau président de la République ?

§ 3. La décentralisation de 2003 : rupture ou adaptation ?

« Rupture, a-t-on dit ; quelle rupture ? Plutôt une adaptation, un début d'adaptation... » [4]. S'il ne s'agit plus, en 2003, d'un début, l'histoire sans doute se répète ; à cette différence près qu'une réforme constitutionnelle s'est imposée comme préalable à l'ouverture de nouveaux chantiers législatifs.

Que cette réforme ait été adoptée par le Congrès réuni à Versailles et non par référendum, comme cela semble avoir été d'abord envisagé, montre que la décentralisation n'est pas apparue susceptible de mobiliser les électeurs. Par-delà les débats parlementaires au cours desquels ont surtout été dénoncés le flou des dispositions nouvelles et les risques accrus d'inégalités sociales, liés aux différences de richesses des collectivités territoriales, se sont surtout manifestées des réactions hostiles, notamment parmi des personnels de

---

1. *Infra*, p. 269, 311, 265.
2. Rapport au Premier ministre, *Refonder l'action publique locale*, La Documentation française, 2000.
3. *JO* 28 févr. 2002. Dossiers : *AJDA* 2002.281 ; *RFDA* 2003.261. *Infra*, p. 394, sur certaines dispositions relatives à la participation du public à l'élaboration des grands projets.
4. P. Legendre, texte relatif à la loi du 2 mars 1982, reproduit *supra*, p. 224, *Pour approfondir*, L'avenir du centralisme.

l'Éducation nationale craignant de devoir quitter la fonction publique de l'État et d'intégrer la fonction publique territoriale [1].

A. La réforme constitutionnelle

Sans remettre en cause l'unité de la République, l'objectif premier est de permettre une plus grande diversité — une « décentralisation à géométrie variable » [2] : « La République, rappelle d'emblée l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle [3], s'est construite sur les principes fondateurs de l'indivisibilité du territoire et de l'égalité des citoyens devant la loi. Les français y demeurent profondément attachés. L'idée selon laquelle ces principes exigeraient que l'on bride les initiatives locales appartient, en revanche, au passé ». Pas question donc de toucher aux principes fondateurs. S'attacher surtout à les concilier avec un **principe de décentralisation** — désormais expressément affirmé à l'article 1 de la Constitution — conçu de telle sorte qu'il « débride » les initiatives locales. Ce que ne permettait pas un cadre constitutionnel décrit comme arrivé à son point de rupture, entravé par une jurisprudence du Conseil constitutionnel jugée insuffisamment protectrice des libertés locales et favorisant « l'uniformité et le centralisme au détriment de la reconnaissance des spécificités locales » [4].

Pour une telle reconnaissance, après l'énoncé d'une nouvelle nomenclature des collectivités territoriales [5], l'article 72 affirme désormais que ces collectivités ont « *vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ». À défaut de lire le mot, il est facile de reconnaître le **principe de subsidiarité**. Comme en droit communautaire, l'énoncé reste « assez peu parlant » et évoque « une règle de bonne gouvernance plus qu'un véritable principe juridique » [6]. Il signifie néanmoins que les collectivités territoriales ont vocation au même titre que l'État à exprimer l'intérêt général. Dans cette perspective, ne pouvait qu'être aussi confirmé un **principe de libre administration** des collectivités territoriales qui trouve son sens comme principe de mise en œuvre de l'organisation décentralisée de la République : « dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités *s'administrent librement par des conseils élus* ». Une précision s'ajoute : elles « *disposent d'un pouvoir réglementaire pour*

---

1. Personnels techniciens et ouvriers de services (TOS), conseillers d'orientation, psychologues scolaires. V., par exemple : *Le Monde* 6 mars 2003, « Les personnels de l'éducation nationale se mobilisent contre la décentralisation » ; *Le Monde* 15 mars 2003, « La République décentralisée sera-t-elle plus inégalitaire ? ». Et, plus généralement, sur tout ce qui a pu contribuer alors à « décridibiliser l'idée même de décentralisation dans le corps social » : J.-F. Merle, « la décentralisation à revers », dans R. Fauroux et B. Spitz (dir.), *Réformer ou abdiquer : le choix français*, Robert Laffont, 2004, p. 89.
2. Y. Jegouzo, « Un État décentralisé », *AJDA* 2003.513.
3. »Aux sources de la loi », *L'organisation décentralisée de la République,* éd. des JO, 2003, p. 29.
4. Rapport P. Clément, *ibid.*, p. 101. Faisait notamment ressortir la nécessité d'une révision constitutionnelle, la décision, CC 17 janv. 2002, précisant qu'une collectivité territoriale ne pouvait pas être autorisée par la loi à prendre, même à titre expérimental, des mesures relevant du domaine législatif (v. *infra*, p. 284).
5. V. *supra*, p. 107.
6. J.-F. Brisson, « Les nouvelles clefs de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA* 2003.529 ; « La France est une République indivisible... son organisation est décentralisée », *RDP* 2003.111 – Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CC 7 juill. 2005, loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique : peut être confiée au préfet la définition des zones de développement de l'éolien).

l'exercice de leurs compétences » [1]. Surtout — innovation présentée comme majeure — selon l'alinéa suivant, « les collectivités territoriales ou leurs groupements *peuvent, lorsque, selon les cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ». Cette **possibilité d'expérimentation** est le corollaire du principe de subsidiarité. Elle doit permettre, pour chaque politique publique, de déterminer le bon niveau d'exercice des compétences. De nouvelles normes pourront être mises à l'essai, avant d'être ou non généralisées, telles qu'expérimentées ou amendées -- « dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ». Coexisteront des normes anciennes et des normes dont l'on souhaite éprouver la pertinence, mais cela ne sera que provisoire.

Le 5e alinéa de l'article 72, après avoir rappelé qu'« aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre », précise : « Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune » — Collectivité donc qui va apparaître, selon l'expression consacrée, comme « chef de file ». Cette notion de **collectivité « chef de file »** tend à prendre en compte le fait que pour la mise en œuvre des politiques publiques, le plus souvent, diverses collectivités territoriales sont appelées à intervenir. Elle peut sembler contradictoire. Comment tout à la fois interdire la tutelle et vouloir l'émergence de chefs de file ? C'est néanmoins cohérent si l'on admet que l'absence de tutelle oblige le chef de file, lorsqu'il entend mener une action commune, à obtenir l'accord de tous ses partenaires. Et l'on peut même en conclure, qu'adoptant une conception réaliste de la répartition des compétences, la Constitution consacre ainsi le contrat comme instrument de coordination de l'action des collectivités locales [2].

Indépendamment des dispositions concernant la **démocratie locale** et de celles relatives aux **collectivités d'outre-mer** [3], les dispositions du nouvel article 72-2, relatives aux **finances locales** apparaissent tout autant source d'ambiguïtés [4]. Comme les précédentes, elles renvoient à des lois et c'est plus précisément une loi organique qui doit préciser la règle de l'alinéa 3 selon laquelle les « recettes fiscales et les autres *ressources propres* des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une *part déterminante* de l'ensemble de leurs ressources ». Sont par ailleurs affirmées, dans ce même article, tout à la fois une *autonomie financière* difficilement saisissable dans une définition juridique (alinéa 1) et une nécessité pour la loi de prévoir des *dispositifs de*

---

1. P.-L. Frier, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *AJDA* 2003.559. Dès lors que « ce pouvoir demeure résiduel et subordonné et ne saurait exclure la mise en œuvre du pouvoir général du Premier ministre, fondé sur l'article 21 de la Constitution », l'on devine la réponse : la portée juridique de sa reconnaissance est « essentiellement symbolique et ne saurait avoir... que des effets marginaux... ». S'agissant du principe de libre administration, tel qu'il ressort de la jurisprudence, v. les *Grands arrêts du droit de la décentralisation*, 1re partie ; et C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Economica-Presses universitaires Aix-Marseille, 1993.
2. J.-F. Brisson, art. *AJDA*, préc., p. 538. Avec la région comme chef de file, le développement économique en est dans une certaine mesure l'illustration (v. *infra*, p. 278).
3. *Supra*, p. 107.
4. *Supra,* p. 108. Et pour un commentaire : R. Hertzog, « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », *AJDA* 2003.548.

péréquation destinés à favoriser l'égalité entre collectivités (al. 5). S'ajoute pour ces collectivités la possibilité de recevoir « tout ou partie du produit des *impositions de toute nature* » — Étant entendu que « la loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine » (al. 2). Et il est admis (al. 4) que « tout transfert de compétence entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de *ressources équivalentes* à celles qui étaient consacrées à leur exercice » ; de même que « toute création ou extension de compétence ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ».

B. Les lois d'application

Courant 2003, deux **lois organiques** sont intervenues : concernant, d'une part, *l'expérimentation par les collectivités territoriales* [1], d'autre part, *le référendum local* [2]. Un décret du 24 février 2004 a précisé les modalités de mise en œuvre du référendum local, avant que la loi du 13 août 2004 n'étende la procédure de *consultation des électeurs* à l'ensemble des collectivités territoriales [3].

Adoptée non sans mal, cette **loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales** est à l'« an II » de la décentralisation ce qu'avait été, pour l'an I, la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions [4]. Un projet de loi relatif aux *responsabilités locales* avait été soumis au Sénat, lequel l'a voté en novembre 2003 [5]. En discussion à l'Assemblée nationale, le projet a été

---

1. Loi organique du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (*JO* 2 août 2003) ; v. *infra*, *Pour approfondir*.
2. Loi organique du 1er août 2003 relative au référendum local (*JO* 2 août 2003) ; comm. J.-P. Duprat, *AJDA* 2003.1862 ; P. Delvolvé, *RFDA* 2004.7 ; M. Verpeaux, *JCP A* 2004, nº 1113 ; et P. Sadran, « Démocratie locale : les carences de l'« acte II » », La Documentation française, *Cahiers français*, nº 318, janv.-févr. 2004 (Décentralisation, État et territoires), p. 73 — ce dernier constate notamment qu'en dépit des lois intervenues antérieurement le système du cumul des mandats n'est pas remis en cause et que la question de l'élection des instances intercommunales est laissée sans réponse ; s'agissant du droit de pétition et du référendum décisionnel, il souligne leur encadrement très strict et conclut qu'il n'y a guère de raison de croire que la réforme « fournira le tremplin espéré d'un salutaire rebond de la démocratie locale ».
3. Jusque là, cette procédure n'était possible que dans les communes. V. M. Verpeaux, *JCP A* 2005, nº 1015 (sur la loi) et *AJDA* 2006.866 (sur son décret d'application du 6 déc. 2005 – texte qui renvoie largement aux règles applicables aux référendums ; avec des spécificités liées au fait que la consultation, à la différence du référendum, ne donne pas lieu à décision). Pour une application (jugée illégale) : TA de Cergy-Pontoise 23 févr. 2006, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, *AJDA* 873, note M. Verpeaux (référendum organisé par la ville de Saint-Denis sur le vote des résidents étrangers).
4. *JO* 17 août 2004 (avec CC 12 août 2004) ; Dossiers *AJDA* 2004.1960 et 2005.121 ; Dossier *JCP A* 2005, 1001 à 1020.
5. L'article 39 de la Constitution précise (depuis 2003) que « les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat ».
En l'espèce, selon l'exposé des motifs, il s'agissait de « traduire dans les faits l'organisation décentralisée de la République », de concrétiser l'acte II de la décentralisation, en transférant aux collectivités territoriales les compétences qu'elles paraissent le mieux à même de prendre en charge ». Anticipant sur ce texte de portée générale, était déjà intervenue la *loi du 18 déc. 2003* (*JO* 19 déc. 2003) *portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion (RMI) et créant un revenu minimum d'activité (RMA)* — transfert aux départements compensé, dans des conditions que doit préciser la loi de finances, par l'attribution d'une fraction du produit de la taxe intérieure sur les produits pétroliers.

rebaptisé « projet de loi relatif aux *libertés* et responsabilités locales » et amendé sur de nombreux points qui, sans être négligeables (telle la suppression de la possibilité de péages sur les routes expresses), ne l'ont pas fondamentalement changé. Mais il n'a pu être définitivement voté comme prévu au printemps 2004. Alors, le Premier ministre Jean-Pierre Raffarin a admis un report pour que soit examiné par l'Assemblée nationale, en priorité, le projet de loi organique sur l'autonomie financière des collectivités territoriales. À une opposition parlementaire forte de son succès aux élections régionales s'étaient ajoutées les craintes de nombreux élus de la majorité sur les transferts de ressources financières.

En matière de *transferts de compétences*, le nombre et souvent la complexité des dispositions de la loi [1] ne suffisent pas à bouleverser complètement l'équilibre des pouvoirs entre l'État et les collectivités territoriales décentralisées établi dans les années 1980-1990. Certaines tendances sont confirmées, comme la vocation économique des régions et celle plus sociale des départements — Il y a peu de changements pour les communes et moins encore pour les EPCI, qui ne sont cependant pas ignorés. Mais aucune clarification n'apparaît faite. Bien au contraire, la mise en œuvre des principes constitutionnels nouveaux (expérimentation, subsidiarité, chef de file) semble devoir conduire à plus d'enchevêtrement.

Il n'empêche que, dès lors qu'il devait y avoir transfert de compétences, ne pouvait que se poser la *question de la compensation financière*. Et il est vrai que le nouvel article 72-2 de la constitution soulève plus de questions qu'il n'en règle. Dans sa décision concernant la loi de finances pour 2004, à propos notamment du transfert du RMI aux départements, le Conseil constitutionnel [2] a estimé que la méconnaissance de cet article « ne peut être utilement invoquée tant que ne sera pas promulguée la loi organique qui devra définir les ressources propres des collectivités territoriales et déterminer, pour chaque catégorie de collectivités territoriales, la part minimale que doivent représenter les recettes fiscales et les autres ressources propres dans l'ensemble de leurs ressources ». Depuis, la promulgation de la loi organique relative à *l'autonomie financière des collectivités territoriales* a bien eu lieu, mais, à l'évidence, la définition retenue des « ressources propres », « partiellement censurée par le Conseil constitutionnel, laisse subsister nombre d'interrogations qui devront être tranchées par le juge » [3]. Par-delà les discussions sur le sens à donner à la Constitution, reste pendant le *problème de la réforme de la fiscalité locale*. Le Président de la République, lors de ses vœux pour 2004, avait annoncé la suppression, à la fin juin 2005, de la taxe professionnelle. La principale ressource fiscale des collectivités territoriales paraissait devoir être remplacée par un autre prélèvement — Ouvrant peut être la voie à « la révolution fiscale qui s'impose avec une telle urgence qu'elle se trouve

---

1. 202 articles (le 203e ayant été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel) qu'une circulaire – reproduite dans le dossier *JCP A* précité – s'est efforcée de « détailler par thèmes ».
2. CC 29 déc. 2003 (*JO* 31 déc. 2003).
3. R. Hertzog, « Commentaire de la loi organique du 29 juillet 2004, sous le titre "précisions et complications" », *AJDA* 2004.2003 (« Les tensions majeures à prévoir, est-il précisé, portent sur la conciliation du principe d'autonomie financière avec deux autres principes constitutionnalisés : la compensation intégrale des transferts de compétences et la péréquation »).

constamment reportée, la complexité servant de judicieux prétexte à toute remise en cause » [1].

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant qu'un premier bilan parlementaire des réformes récentes décrive une décentralisation qui « oscille entre ferveur et désenchantement » [2].

---

1. J. Baguenard, *La décentralisation*, PUF, « Que sais-je ? », n° 1879, 7e éd., 2004, p. 67. Quelques aménagements figurent notamment dans la loi de finances pour 2006, du 30 décembre 2005 (*JO* 31 déc. 2005), mais ils semblent bien loin de la réforme annoncée et attendue.

2. M. Piron, *Rapport sur l'équilibre territorial des pouvoirs*, 2006, Assemblée nationale, site internet. V. aussi (sur le même site, constatant notamment que les possibilités d'expérimentation connaissent des « fortunes diverses »), A. Gest *Rapport d'information n° 3199 sur la mise en application de la loi du 13 août 2004* ; et, par exemple : M. Verpeaux, *Les collectivités territoriales en France*, Dalloz, « Connaissance du droit », 3e éd., 2006 ; J.-L. Bœuf et M. Magnan, *Les collectivités territoriales et la décentralisation*, La Documentation française, 2e éd., 2006.

En la matière, existent un *Juris-Classeur Collectivités territoriales* (5 vol., CD-Rom ou internet), une *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz (9 vol. + 1 CD-Rom), et de multiples publications — à usage des praticiens — chez des éditeurs spécialisés (Litec, Berger-Levrault, La lettre du cadre territorial...). Chaque année paraît un *Annuaire des collectivités locales*, CNRS-Editions, Publication du Groupement de recherche sur l'administration locale en Europe (GRALE), avec de nombreux articles sur les réformes en cours, en France et à l'étranger.

Chapitre 2

Le statut des collectivités territoriales décentralisées

Section 1
Les communes

La commune est caractérisée par son territoire sur lequel vit une population administrée par **l'autorité municipale.** L'organisation de celle-ci (§ 2) ainsi que certaines de ses difficultés liées au trop grand nombre de collectivités (§ 3) sont des legs de l'histoire (§ 1).

§ 1. L'HISTOIRE DE LA COMMUNE [1]

L'histoire des communes françaises commence dès le Moyen Âge et elle est dominée par deux problèmes : celui du choix entre l'uniformité ou la diversité des statuts, et celui de l'autonomie par rapport au gouvernement central.

– L'Ancien Régime était caractérisé par la *diversité* dans l'organisation des communautés d'habitants. De nombreuses villes avaient une assemblée générale des *bourgeois,* choisissant les *échevins* qui formaient le corps de ville présidé par un ou plusieurs *maires*. En revanche, les paroisses rurales n'étaient pas de véritables municipalités.

La Révolution (loi du 14 décembre 1789), a modifié considérablement cette situation, puisqu'elle a uniformisé l'organisation : toutes les communautés d'habitants, quelle que fût leur importance, se sont vu attribuer la qualité de *communes*. Les citoyens actifs devaient élire un *corps municipal,* présidé par le *maire,* et un *procureur* était chargé de faire respecter la loi. La seule différence institutionnelle entre les communes résidait dans le nombre des membres du corps municipal fixé en fonction de l'importance de la population.

Ce régime a été modifié mais, tout au long des XIXe et XXe siècles, l'*uniformité* est demeurée [2]. Certaines particularités valent pour les plus grandes villes (notamment Paris), et, d'une façon générale, quelques points de l'administration varient en fonction de seuils démographiques. Pourtant, la soumission de toutes les collectivités de base à un même régime juridique reste le principe. Cet état des lois et règlements n'a pas manqué d'être contesté. La France compte environ 36 700 communes dont 32 000 ont moins de 2 000 habitants, du fait de la révolution industrielle et de l'exode rural : peut-on raisonnablement traiter de la même manière l'administration d'une ville de plusieurs

---

1. L. Fougère, J. P. Machelon, F. Monnier, *Les communes et le pouvoir. Histoire politique des communes françaises de 1789 à nos jours*, PUF, 2002.
2. Le principe d'uniformité s'applique également aux départements et aux régions. Mais il ne régit pas les *institutions spécialisées* (dossier 6).

centaines de milliers d'habitants et celle d'un village regroupant quelques dizaines de familles (près de 4 000 communes n'ont pas 100 habitants) [1] ?

– L'autre problème est celui de l'autonomie des communes par rapport au pouvoir central. Sous l'Ancien Régime, de nombreuses villes s'administraient elles-mêmes. Pourtant le roi nommait les maires, intervenait en cas de défaillance des autorités municipales et exerçait son contrôle par les baillis, sénéchaux et intendants.

La Révolution établit une *décentralisation* complète : élection de tous les organes, fort allégement sinon absence de tutelle du pouvoir central. Mais, en l'an VIII, Bonaparte imposa au contraire une *centralisation* totale : maire et conseil municipal sont nommés et placés sous l'autorité du préfet. Avec la monarchie de Juillet, s'amorça une évolution vers une certaine démocratie locale : les conseils municipaux furent élus à partir de 1831, les maires à partir de 1882. La **loi du 5 avril 1884** établit, pour l'essentiel, le régime actuel de l'organisation municipale. Ses dispositions, modifiées et complétées, se retrouvent dans le *Code général des collectivités territoriales.*

Depuis cette date et jusqu'en 1982, le droit comme la pratique administrative sont marqués par des hésitations ou des contradictions. Malgré des textes de 1926, 1959, 1970, etc., qui étendaient les pouvoirs des communes, la *tutelle* du pouvoir central demeurait étroite, surtout la tutelle indirecte qui s'ajoutait au contrôle de régularité : de nombreuses réglementations nationales limitaient l'autonomie locale et l'aide financière de l'État (sous la forme de subventions) permettait à celui-ci de maintenir sa suprématie.

Les réformes intervenues à partir de 1982 ont-elles permis d'accroître durablement les « droits et libertés » des communes et d'en finir avec une centralisation excessive et étouffante ? Tel était en tout cas l'objectif.

§ 2. L'organisation de la commune

« Le corps municipal de chaque commune se compose du conseil municipal, du maire et d'un ou plusieurs adjoints » (art. L. 2121-1, CGCT).

A. Le conseil municipal [2]

I. Organisation et fonctionnement

Le conseil municipal comprend de 9 à 69 conseillers, sauf les cas particuliers de Paris (163 conseillers), Marseille (101 conseillers), Lyon (73 conseillers). Les conseillers muni-

---

1. La question est au cœur des débats actuels sur la décentralisation. Elle concerne l'ensemble des collectivités territoriales et conduit à des interrogations plus générales fort délicates. Par exemple, pourrait-on admettre que certains territoires seront mieux gérés par un seul échelon administratif tandis que d'autres continueront à fonctionner avec le support de plusieurs niveaux administratifs ? Depuis 2003, la voie de la diversité institutionnelle est ouverte par Constitution elle-même. Après l'énumération des collectivités territoriales, l'alinéa 1 de l'article 72 précise : « Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, *le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ».

2. V., traitant conjointement de l'ensemble des assemblées locales, I. Muller-Quoy, *Le droit des assemblées locales*, LGDJ, « Systèmes », 2001.

cipaux sont élus au *suffrage universel direct.* Nul ne peut être élu s'il n'est âgé de dix-huit ans révolus. Sont inéligibles, dans le ressort où ils exercent leurs fonctions, les représentants de l'État, commissaires et agents de police, magistrats de l'ordre judiciaire, membres des tribunaux administratifs et chambres régionales des comptes, ainsi que les entrepreneurs qui ont avec la commune des rapports professionnels constants, etc. Enfin, on ne peut être membre de plusieurs conseils municipaux, et il existe d'autres incompatibilités, notamment entre le mandat de conseiller municipal et la fonction de préfet.

La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 a introduit dans la Constitution, conformément au traité sur l'Union européenne, un nouvel article 88-3 : « ... le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls *citoyens de l'Union résidant en France*. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoints ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article » [1].

Les conseillers municipaux sont élus pour *six ans* [2]. La loi du 19 novembre 1982 [3] a réformé le mode de scrutin pour les communes de **3 500 habitants et plus**. L'objectif était de garantir une meilleure représentation des minorités tout en conservant la possibilité d'obtenir une majorité cohérente. Le système retenu est un système mixte incluant des mécanismes du *scrutin majoritaire* et de la *représentation proportionnelle*. Ce scrutin de listes (complètes et bloquées) à deux tours se déroule de la façon suivante : si au premier tour une liste recueille la majorité absolue des suffrages exprimés, elle obtient la moitié des sièges à pourvoir, le reste étant réparti entre toutes les listes à la représentation proportionnelle (suivant la règle de la plus forte moyenne) ; si aucune liste n'a la majorité absolue au premier tour, il est procédé à un second tour ; la liste qui a le plus de voix obtient la moitié des sièges, le reste étant réparti comme au premier tour. Mais, d'une part, au premier comme au second tour, les listes qui n'ont pas obtenu au moins 5 % des suffrages ne sont pas admises à la répartition des sièges, et, d'autre part, ne peuvent se présenter au second tour que les listes ayant recueilli au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour [4]. Le système antérieur reste en vigueur dans les communes de

---

1. Loi organique du 25 mai 1998 (Code électoral, art. L.O. 227-1 et s.). À l'occasion, une autre question a pu être posée : ne faudrait-il pas reconnaître le même droit de vote et d'éligibilité aux étrangers non ressortissants d'un pays de l'Union européenne ?

2. Une loi du 15 décembre 2005 a toutefois prorogé la durée du mandat des conseillers municipaux (et des conseillers généraux) renouvelables en 2007. Pour éviter la multiplication des élections au printemps 2007, leur renouvellement a été reporté en mars 2008.

3. Articles L. 260 et suivants du Code électoral. Le contentieux des élections municipales relève, en première instance, des tribunaux administratifs et, en appel, du Conseil d'État. Il en est de même pour les élections des conseillers généraux (souvent appelés élections cantonales), alors que, pour les élections régionales, le Conseil d'État est directement (et uniquement) compétent.

4. Pour le second tour, selon les termes de l'article L. 264 du Code électoral, les listes présentes « peuvent être modifiées dans leur composition pour comprendre des candidats ayant figuré au premier tour sur d'autres listes, sous réserve que celles-ci ne se présentent pas au second tour et qu'elles aient obtenu au premier tour au moins 5 % des suffrages exprimés. En cas de modification de la composition d'une liste, l'ordre de présentation des candidats peut également être modifié ». Ce texte précise que « les candidats ayant figuré sur une même liste au premier tour ne peuvent figurer au second tour que sur une liste » et que « le choix de la liste sur laquelle ils sont candidats au second tour est notifié à la préfecture ou à la sous-préfecture par la personne ayant eu la qualité de responsable de la liste constituée par ces candidats au premier tour ».

moins de 3 500 habitants : *scrutin majoritaire à deux tours* avec possibilité de panachage, les listes pouvant être incomplètes jusqu'à 2 500 habitants.

Pour les communes de plus de 3 500 habitants, s'applique la *loi du 6 juin 2000 sur la parité hommes-femmes* [1] : « sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Au sein de chaque groupe entier de six candidats dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidats de chaque sexe ».

Le conseil municipal se réunit au moins une fois par trimestre et le maire peut, en outre, le convoquer s'il le juge utile ou pour répondre à une demande provenant de la moitié des conseillers ou du préfet. Les séances sont publiques.

II. Attributions

L'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* ». L'interprétation de ce texte est plus simple qu'il ne paraît. Il signifie que le conseil municipal est l'*assemblée délibérante* de la commune. Les affaires dont il s'occupe sont parfois appelées les « affaires locales » et leur détermination dépend de la loi, d'une part, et, d'autre part, de ses propres délibérations [2].

Ainsi, le conseil municipal est chargé de la gestion du *domaine communal* (domaine public et domaine privé). Il décide aussi des *travaux publics* à effectuer pour le compte de la commune et des modalités de leur exécution.

S'il crée et organise les *services publics municipaux*, il n'est pas entièrement libre dans ses initiatives, dans la mesure où certains services publics sont obligatoires, de par la loi, pour toutes les communes (enseignement élémentaire, par exemple). En dehors de cela, le conseil municipal a la faculté (à condition évidemment de ne pas empiéter sur les compétences des autres collectivités territoriales et de l'État) d'organiser les services publics qu'il juge utiles. Ces services publics locaux ont connu un très large développement depuis la Seconde Guerre mondiale [3]. Malgré ses réticences, le juge a admis peu à peu la régularité de la création de services industriels ou commerciaux dans le cadre du « socialisme municipal » (ou municipalisme). Confirmant la jurisprudence, la loi du 2 mars 1982, après avoir rappelé que l'État a la responsabilité de la politique économique et sociale, permet aux communes d'intervenir en ce domaine, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe d'égalité et des orientations du Plan national. Elles peuvent aussi, sous certaines conditions, accorder des *aides aux entreprises*, aides directes (telles les primes à la création d'entreprise) ou indirectes (garanties

---

1. Loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives (*JO* 7 juin 2000).
2. Cette notion d'affaires locales a néanmoins toujours été controversée. Aujourd'hui, avec les multiples transferts de compétences, et dès lors qu'il y a pour chaque collectivité une même clause générale, elle suscite des inquiétudes : « comment ordonner ce vaste mouvement de transferts de compétences et comment va-t-il s'opérer dans le cadre de la clause générale de compétence » ? (« Le rapport Caillosse sur la « clause générale de compétence » », synthèse rédigée par L. Lemouzy, *JCP A* 2006, n° 1153).
3. V. le dossier n° 11 (Les fonctions de l'Administration), p. 545.

d'emprunt, ventes dans des conditions intéressantes [1]). Mais, sauf autorisation expresse donnée par décret en Conseil d'État, il leur est impossible de prendre des participations dans le capital de sociétés commerciales qui n'ont pas pour objet l'exploitation de services communaux ou d'activités d'intérêt général.

Évidemment, la situation n'est plus ce qu'elle était en 1982. Si elles n'ont pas à respecter les orientations d'un Plan national qui n'existe plus, les communes, comme toutes personnes publiques, lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché, sont soumises aux exigences du droit de la concurrence [2]. En matière d'aides, une loi de 1988 leur a enlevé la possibilité d'accorder des aides directes aux entreprises en difficulté. En revanche, elle leur a permis de participer au capital d'un établissement de crédit (ayant la forme de société anonyme) pour garantir des concours financiers accordés à des personnes morales de droit privé. Plus récemment, et alors qu'elle ne distingue plus les aides selon qu'elles sont directes ou indirectes, la loi du 13 août 2004 permet aux communes et à leurs groupements de participer au financement des aides dont la région définit le régime et décide l'octroi. Elles le font dans le cadre d'une convention passée avec la région – laquelle apparaît désormais ici comme « chef de file ». Cela ne les empêche pas, en cas d'accord de la région, de mettre en œuvre leurs propres projets d'aides ou de régimes d'aides [3].

En matière d'*urbanisme,* la loi du 7 janvier 1983 fait intervenir les conseils municipaux dans l'élaboration des schémas directeurs et leur donne le pouvoir d'arrêter les plans d'occupation des sols. L'accroissement de l'initiative est réel. Allant dans le même sens, la loi du 13 décembre 2000 [4] opère une refonte d'ensemble de la planification urbaine, instituant notamment des documents nouveaux qui remplacent les précédents : *schémas de cohérence territoriale (SCOT)* et *plan locaux d'urbanisme (PLU) ;* obligeant, par ailleurs, les communes (de plus de 1 500 habitants en Île-de-France et de plus de 3 500 habitants dans le reste du territoire, situées dans les agglomérations de plus de 50 000 habitants) à atteindre un « quota » de 20 % de logements sociaux en 20 ans [5].

Enfin le conseil municipal vote le *budget*. Cet acte essentiel pour la vie de la commune doit respecter des conditions strictes : le contrôle des chambres régionales des comptes s'exerce sur l'équilibre du budget, le délai de vote, l'inscription des dépenses obligatoires, et, en fin d'exercice, sur l'éventuel déficit. La difficulté chronique pour un très grand nombre de communes est l'insuffisance de ressources. Les recettes provenant des quatre impôts locaux (taxe sur les propriétés bâties, taxe sur les propriétés non bâties, taxe d'habitation, taxe professionnelle) restent faibles, et une part très importante des ressources vient des subventions versées par l'État [6].

---

1. CE 3 nov 1997, *Commune de Fougerolles*, *RFDA* 1998.12, concl. L. Touvet ; *AJDA* 1997.1010, obs. L. Richer (cession d'un terrain communal à une entreprise, pour un franc symbolique).

2. Outre le rapport public 2002 du Conseil d'État (« Collectivités publiques et concurrence », *EDCE* n° 53, La documentation Française), v. « Annuaire 2003 des collectivités locales », CNRS Éditions, *Les services publics locaux.*

3. *Infra*, p. 279.

4. Loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (*JO* 14 déc. 2000 ; et différents commentaires, dossier *AJDA* 2001.9).

5. 740 communes sont concernées par cet « objectif de mixité sociale ».

6. **V.** M. Bouvier, *Les finances locales,* LGDJ, coll. « Systèmes », 10e éd., 2005 ; et *supra*, p. 256, sur la réforme constitutionnelle de 2003 et ses suites.

B. Le maire et ses adjoints

Le maire et les adjoints sont élus par le conseil municipal parmi ses membres. L'âge minimal pour être élu maire, longtemps fixé à vingt et un ans, a été ramené, en 2000, à dix huit ans. Depuis la loi du 19 novembre 1982, le conseil municipal est libre de fixer le nombre des adjoints, dans la limite toutefois de 30 % de l'effectif du conseil. La durée du mandat du maire et des adjoints est la même que celle du conseil municipal. Le maire dispose d'une « double casquette » : il est le chef de l'administration communale décentralisée et le représentant de l'État dans la commune.

a) Le maire est l'**exécutif de la commune.** Il est chargé d'une manière générale de préparer les délibérations du conseil municipal qu'il préside, et d'en exécuter les décisions (art. L. 2122-21, CGCT). C'est ainsi qu'il prépare et exécute le budget municipal, qu'il ordonnance les dépenses, qu'il signe et exécute les contrats, qu'il nomme aux emplois créés par le conseil. De surcroît, le conseil municipal peut déléguer au maire certaines de ses attributions (art. L. 2122-22, CGCT).

Mais le maire *possède aussi des pouvoirs qui lui sont propres*. En particulier, il est chargé de la **police administrative** [1]. À ce titre, il doit assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Cette *police municipale* comporte (art L. 2212-2, CGCT) diverses rubriques, notamment :

– « Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoiement, l'éclairage, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine », etc.

– « Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique, telles que les rixes et disputes accompagnées d'ameutement dans les rues, le tumulte excité dans les lieux d'assemblée publique, les attroupements », etc.

– « Le maintien du bon ordre dans les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises », etc.

Le maire agit en ce domaine, au nom de la commune et sous le contrôle des juridictions administratives. Le préfet qui, en tant que représentant de l'État, est l'autorité de police dans le cadre du département, ne peut intervenir au niveau d'une commune qu'en cas de carence du maire, en exerçant son *pouvoir de substitution* après mise en demeure.

D'autres missions sont confiées au maire, telles que la représentation de la commune en justice [2] ou la direction du personnel communal. La loi du 7 janvier 1983 lui a transféré des fonctions importantes dans le domaine de l'urbanisme, notamment en ce qui concerne les *permis de construire*.

---

1. V. le dossier 11 (Les fonctions de l'Administration), p. 513.

2. Il est à noter que, sur autorisation du tribunal administratif, le contribuable d'une commune peut agir à la place de celle-ci quand elle « a refusé ou négligé » de le faire. C'est le Conseil d'État qui connaît du recours (de plein contentieux) contre la décision (non juridictionnelle) rendue par le tribunal administratif sur la demande d'autorisation. V. CE 26 juin 1992, *Pezet* et *San Marco* (2e esp.), *R.* 1992.247, concl. G. Le Chatelier ; CE 13 oct. 2003, *M. Predon* (1re esp.) et *Mme Duhamel et M. Pilet* (2e esp.), *AJDA* 2004.591, note T. Tuot (cette procédure est aujourd'hui prévue par l'article L. 2132.5 du CGCT ; elle a été étendue aux actions appartenant aux départements et aux régions par la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations).

b) Le maire exerce également des fonctions en tant qu'**agent de l'État** (dans le cadre de la centralisation et comme tel soumis alors au pouvoir hiérarchique). Ses attributions sont là aussi très diverses et tendent même à se développer [1] : il est chargé de l'exécution des mesures de sûreté générale et des « fonctions spéciales qui lui sont attribuées par les lois » ; il a la qualité d'officier de police judiciaire et, à ce titre, il participe à la poursuite des infractions ; il assure l'exécution du service de l'état civil sous l'autorité du procureur de la République et du ministre de la Justice.

Pour exercer ses compétences, le maire prend des arrêtés municipaux, à caractère individuel ou réglementaire. Il peut déléguer une partie de ses attributions à ses adjoints (ou, en cas d'empêchement de ceux-ci, à des conseillers municipaux).

La qualité d'adjoint confère un certain nombre de prérogatives. En particulier, les adjoints n'ont pas besoin de recevoir une délégation du maire pour exercer les fonctions d'officier d'état civil [2]. Il en va de même pour les fonctions d'officier de police judiciaire.

C. Le contrôle des autorités communales

Certes, le contrôle le plus important est exercé par le corps électoral : les élus (les conseillers municipaux et le maire) sont conduits à rendre compte de leur gestion quand ils sollicitent le renouvellement de leur mandat. Mais les autorités étatiques doivent veiller au bon fonctionnement des collectivités territoriales (sur le fondement de l'article 72 de la Constitution). Le terme de tutelle a été officiellement supprimé pour être remplacé par un système de contrôles administratif et juridictionnel *sur les actes* [3]. Quant au contrôle *sur les personnes,* il est conçu comme une série de sanctions destinées à contraindre les élus à se soumettre à leurs obligations : suspension du maire et des adjoints par arrêté ministériel pour un mois au maximum (antérieurement prononcée pour un mois par le préfet ou trois mois par le ministre de l'Intérieur), révocation du maire et des adjoints par décret en Conseil des ministres, démission d'office des conseillers municipaux qui refusent de remplir leurs fonctions par le tribunal administratif, suspension du conseil municipal pour un mois en cas d'urgence par le représentant de l'État, dissolution du conseil municipal par décret motivé en Conseil des ministres [4].

§ 3. L'ÉVOLUTION DES TERRITOIRES COMMUNAUX

A. Les remèdes au morcellement communal

Le morcellement des communes françaises et le manque de moyens de nombre d'entre elles créent de graves difficultés dans la gestion et la satisfaction des besoins collectifs.

---

1. Art. L. 2122-27 et s. du CGCT ; P. Cassia, « Le maire, agent de l'État », *AJDA* 2004.245 ; *Le maire au nom de l'État : contribution à l'étude du dédoublement fonctionnel*, La Documentation française, Centre d'étude du ministère de l'Intérieur, 2005 ; J.-C. Peyronnet, « Le maire, icône moderne des français : trop tard ? » *AJDA* 2006.513, Tribune (la fonction d'agent de l'État ne tend-elle pas à trop se développer, alors que dans le même temps, du fait notamment de l'intercommunalité, diminue la capacité de mise en œuvre des projets communaux ?).
2. CE 11 oct. 1991, *Ribaute et Balanca*, *RFDA* 1992.225, concl. H. Toutée.
3. V. *supra*, chapitre 1, p. 248.
4. Dans les deux derniers cas, est mise en place une délégation spéciale.

L'*exode rural* et l'*urbanisation* ont créé de réelles inadéquations du système municipal aux nouvelles réalités de la géographie humaine. Partout, **il y a trop de communes :** en milieu rural parce que ces cellules sont trop peu peuplées et trop pauvres, en milieu urbain parce que les municipalités font obstacle aux exigences unitaires des agglomérations.

I. Les fusions de communes

Le seul remède radical au morcellement des communes est la fusion de deux ou de plusieurs d'entre elles qui réalise un véritable regroupement organique : il y a alors **suppression d'entités existantes et formation d'une nouvelle commune** mieux adaptée à une administration active.

Malheureusement, la fusion de communes en France se révèle très difficile à réaliser. Alors que tous les États européens ont réussi à imposer ce processus rigoureux de rationalisation de l'administration locale, les tentatives de restructuration de l'ensemble des communes françaises n'ont abouti qu'à des résultats extrêmement limités. Les anciennes procédures, élaborées dès le XIXe siècle ont été quasiment stériles : entre 1884 et 1970, 746 communes seulement ont fusionné, donnant naissance à 350 unités nouvelles.

Aussi, en 1971, une nouvelle loi est-elle intervenue pour sortir de cette impasse [1]. Elle comporte trois séries de dispositions. En premier lieu, un *référendum* peut aboutir à une fusion si la consultation des électeurs est demandée par la moitié des conseils municipaux représentant les deux tiers de la population ou par les deux tiers des conseils municipaux représentant la moitié de la population ou si elle est souhaitée par le préfet. En second lieu, à côté de la fusion simple qui entraîne *ipso facto* la disparition des anciennes communes, une autre formule est instituée : les communes qui fusionnent peuvent adopter le statut de *communes associées* bénéficiant de la présence d'un maire délégué (qui est, notamment, officier de l'état civil) et, éventuellement, d'une commission consultative assurant une représentation propre à la population de l'ancienne commune. En troisième lieu, des incitations financières sont prévues : les communes fusionnées bénéficient d'une majoration des subventions d'équipement accordées par l'État qui peut s'élever jusqu'à 50 % de leur montant. Un tel dispositif paraît ingénieux et pourtant il échoue à son tour : il y a eu moins de 850 fusions intéressant environ 2 000 communes et certaines collectivités regroupées ont demandé à retrouver leur entité. La loi du 16 juillet 1971 est mise aux oubliettes.

La situation reste en définitive à peu près celle que décrivait le rapport *Vivre ensemble* [2] : la France compte plus de 36 000 communes soit, en moyenne, environ une commune pour 1 500 habitants ; à elle seule, elle a autant de communes que les cinq États qui ont créé avec elle le Marché commun (RFA, Italie, Benelux...) ; plus de 28 000 communes ont moins de 500 habitants. Il est donc assez exact d'évoquer une « France en miettes ». Ce morcellement freine assurément la mise en place des équipements collectifs et perturbe la gestion des services, que ce soit en milieu rural par manque de ressources ou en milieu urbain où les frontières administratives divisent artificiellement l'unité humaine et

---

1. Loi du 16 juill. 1971 sur les fusions et regroupements de communes (*JO* 16 juill. 1971). Intéressante étude de cette loi dans F. Dupuy et J.-Cl. Thoenig, *Sociologie de l'administration française,* A. Colin, 1983 (chap. 8, p. 193).
2. V. *supra,* p. 245.

économique de l'agglomération. Partout, le nombre excessif des communes risque donc de compromettre la politique de décentralisation.

Pose-t-il vraiment des problèmes graves ? Après tout, les communes, même les plus petites, sont des centres de vie collective qui permettent une véritable *démocratie locale*.

Toujours est-il que, face à la réticence des élus locaux et des populations, les lois plus récentes ont laissé les choses en l'état et n'ont pas cherché à relancer un mouvement de fusions. Il ne s'ensuit pas que la situation soit figée, bien au contraire.

II. L'intercommunalité et l'aménagement du territoire

Au-delà de simples mécanismes de concertation entre les communes, des regroupements fonctionnels ont été organisés ; ils consistent à transférer la gestion d'un ou plusieurs services publics à une structure supracommunale ayant la nature d'*établissement public*. Cela permet à l'ensemble des communes intéressées de construire des équipements et de fournir des services dont chacune pourrait difficilement prendre seule la responsabilité. C'est ainsi qu'ont été créées par des lois successives, la dernière datant de 1999, diverses structures de regroupement : des *établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)* [1].

À l'échec de la loi de 1971 sur les fusions et regroupements de communes s'oppose le succès de cette coopération intercommunale. Aujourd'hui appelée « **intercommunalité** », elle s'est inscrite dans une démarche d'**aménagement du territoire** destinée à la consolider. Tel était l'objet de la loi du 4 février 1995 [2] qui a notamment créé la notion de **pays**, dans l'objectif d'en faire un lieu de réflexion et de réalisation de projets entre collectivités. La loi du 25 juin 1999 [3] a repris en la précisant cette notion : « lorsqu'un territoire présente une cohésion géographique, culturelle, économique ou sociale, il peut être reconnu à l'initiative de communes ou de leurs groupements comme ayant vocation à former un pays ». Il s'agit principalement de développer des solidarités entre milieux urbains et ruraux. Une *charte* est élaborée que doit mettre en œuvre un *contrat de pays* conçu comme outil de coordination de toutes les interventions publiques. Très souple, l'organisation du pays (qui n'a pas en tant que tel de personnalité juridique) peut prendre la forme d'un EPCI, d'un groupement d'intérêt public (GIP) ou d'un syndicat mixte [4].

À côté du pays, la loi du 25 juin 1999 tend à promouvoir une notion d'**agglomération** qui dépasse elle aussi les cadres territoriaux traditionnels. L'agglomération est conçue comme un territoire (une aire urbaine) permettant l'élaboration d'un projet commun en matière « de développement économique et de cohésion sociale, d'aménagement et d'urbanisme, de transport et de logement, de politique de la ville, de politique de l'environnement et de gestion des ressources » (et cela, ici encore, dans l'objectif d'une

---

1. Dont l'étude est présentée dans le dossier suivant consacré aux établissements publics.
2. Loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (*JO* 5 févr. 1995).
3. Loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi du 4 février 1995 (*JO* 29 juin 1999).
4. Au 30 juin 2005, 283 contrats de pays avaient été signés. V. Sénat, Rapport d'information (A. Fouche), n° 430, *Quel avenir pour les pays ?*, site internet du Sénat (si c'est un succès, le rapporteur appelle l'État à mieux prendre en compte les pays, les départements à ne pas les ignorer et les régions à ne pas les « instrumentaliser » ; il constate une « véritable mise sous tutelle des pays par la région »...).

contractualisation avec l'État, par le biais d'un *contrat d'agglomération*). Cela va de pair avec la loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale qui met en place la *Communauté d'agglomération* (nouvel EPCI) et permet d'associer les communes « au sein d'un espace de solidarité, en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement de leur territoire ». Dans le même esprit, la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains refond le Code de l'urbanisme pour donner de nouveaux contenus aux politiques urbaines et relancer la planification (du logement, des transports) [1].

B. Les villes nouvelles

Les **villes nouvelles** occupent une place à part. Initialement régies par une loi de 1970 (modifiée en 1983), ce sont des cités construites selon un plan d'ensemble pour organiser le développement urbain. L'initiative et la maîtrise de la procédure de création appartient à l'État, en principe au préfet dans le département. Il lui incombe de déclencher la procédure, d'organiser une concertation en vue d'établir la liste des communes intéressées ainsi que le projet de périmètre d'urbanisation. Dans cet esprit, ont été créées neuf agglomérations : cinq en région parisienne (Cergy-Pontoise, Saint-Quentin-en-Yvelines, Évry, Melun-Sénart, Marne-la-Vallée) et quatre en province (Lille-Est, Le Vaudreuil près de Rouen, L'Isle-d'Abeau entre Lyon et Grenoble, les rives de l'étang de Berre à l'ouest de Marseille). Les institutions sont doubles. D'une part, un instrument opérationnel, constitué par un *établissement public d'aménagement*. D'autre part, un support politique et administratif qui peut être une *commune nouvelle*, une *communauté d'agglomération nouvelle* ou un *syndicat d'agglomération nouvelle (SAN)* soumis, en principe, aux règles applicables à tous les syndicats de communes. La création d'une commune nouvelle résulte soit d'une fusion simple des communes membres de l'agglomération nouvelle, soit d'une fusion-association. La communauté d'agglomération nouvelle est un établissement public de coopération intercommunale géré par un conseil d'agglomération composé des délégués des communes élus au suffrage universel direct. Dans le syndicat d'agglomération nouvelle, le conseil est composé par les délégués des conseils municipaux [2].

Née dans les années 1960-1970, la politique des villes nouvelles témoignait d'une volonté étatique de « maîtrise du phénomène urbain » — volonté qui a conduit plus récemment aux politiques menées dans les « zones urbaines sensibles » ou « quartiers en difficultés ». Malgré un relatif succès (les cinq villes nouvelles de la région parisienne comptent plus de 700 000 habitants), cette politique, telle qu'elle avait été conçue, n'est plus d'actualité. Il s'agit moins désormais de créer de toute pièce des agglomérations que de promouvoir un développement harmonieux à partir des agglomérations existantes. La

---

1. Sur le sens et la portée de la notion d'agglomération telle qu'elle ressort des deux lois de 1999 : I. Muller-Quoy, « Le renouveau de la notion juridique d'agglomération », *AJDA* 2000.197. Et sur la complémentarité des trois lois de 1999-2000 : F. Ampe, *Les agglomérations*, La Documentation française, DATAR, 2001. *Adde* : *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, « Les collectivités locales », Economica, 2002 (notamment M. Deguergue, « Brèves réflexions sur la solidarité dans ses rapports avec le renouvellement urbain » ; Y. Jegouzo, « Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation ») ; dossier « aménagement du territoire et coopération entre collectivités territoriales », *AJDA* 2004.905.
2. CGCT, art. L.5331-1 et s.

loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale programme le retour des villes nouvelles dans le droit commun de l'intercommunalité, droit dont elles ont, à bien des égards, constitué un laboratoire [1].

Section 2
Les départements

Pour assouplir la centralisation instituée par Bonaparte en l'an VIII, la loi du 22 juin 1833 a introduit le principe de l'*élection du conseil général* et la loi du 10 mai 1838 a mis fin aux controverses relatives à la personnalité morale du département en consacrant explicitement cette dernière. Divers textes, dont le plus important est la **loi du 10 août 1871,** ont progressivement étendu les pouvoirs de l'assemblée départementale en lui attribuant des fonctions autrefois réservées au préfet ou au ministre de l'Intérieur. En 1871 également, est apparue la *commission départementale,* élue par les conseillers généraux parmi leurs collègues et exerçant un contrôle permanent sur le préfet. Le décret du 5 novembre 1926 a posé le principe que la plupart des délibérations du conseil général peuvent être exécutées sans avoir besoin d'être d'abord approuvées par le pouvoir central, et une ordonnance du 5 janvier 1959 a encore réduit le nombre des exceptions à ce principe. Enfin, plusieurs lois promulguées à partir de 1982 ont renforcé l'autonomie du département et augmenté ses compétences, à commencer par la loi du 2 mars 1982 qui a fait du président du conseil général l'organe exécutif de ce conseil.

Longtemps accusé d'être une création artificielle de la Révolution, le département est donc devenu, en se dédoublant, une pièce maîtresse de l'administration territoriale française. D'une part, il a continué de se développer en tant que *circonscription administrative* essentielle pour les services de l'État. D'autre part, il est devenu une *collectivité* dotée de larges attributions dans le cadre de la décentralisation — s'il n'y a toujours qu'un seul nom, il importe de bien distinguer les deux réalités qu'il recouvre.

L'administration du département (collectivité) comprend le **conseil général** (§ 1), et son **président** (§ 2) [2]. L'action de ces autorités administratives est soumise à des contrôles identiques à ceux qui s'exercent à l'égard du conseil municipal et du maire.

§ 1. Le conseil général [3]

A. Organisation et fonctionnement

Le **conseil général** règle, par ses *délibérations,* les affaires du département, selon les termes de l'article 23 de la loi du 2 mars 1982 (CGCT, art. L. 3211-1).

---

1. V. L. Laluque, « Vers la fin des villes nouvelles », dossier *AJDA* 2004, préc., p. 915.
2. Le Code général des collectivités territoriales (art. L. 5421-1 à 6) prévoit aussi une **coopération interdépartementale** par voie d'entente, de convention, ou par la création d'une structure interdépartementale sous la forme d'établissement public.
3. Conseil qu'il serait plus clair aujourd'hui d'appeler « conseil départemental » (comme l'a proposé — proposition n° 13 de son rapport — la Commission pour l'avenir de la décentralisation présidée par M. Mauroy).

– Il y a un conseiller général par *canton*. Pour être éligible, il faut être de nationalité française et figurer sur les listes électorales ou sur les rôles des contributions directes du département. Il suffit d'avoir dix-huit ans. Sont inéligibles certains fonctionnaires de l'État dans le département où ils exercent leurs fonctions. Nul ne peut cumuler plusieurs mandats de conseiller général.

Les conseillers généraux sont élus pour *six ans*. Une loi du 11 décembre 1990 avait organisé la concomitance de renouvellement des conseils régionaux et des conseils généraux et supprimé le renouvellement par moitié, tous les trois ans, de ces derniers. Mais, une loi du 18 janvier 1994 a rétabli le *renouvellement triennal par moitié* des conseils généraux. Les conseillers généraux sont donc élus pour six ans, renouvelés par moitié tous les trois ans et sont indéfiniment rééligibles. Les élections ont lieu au mois de mars. Dans tous les départements, les collèges électoraux sont convoqués le même jour. Les élections ont lieu au suffrage universel direct et au scrutin uninominal majoritaire à deux tours : pour être élu au premier tour, un candidat doit réunir la majorité absolue des suffrages et un nombre de voix au moins égal au quart des électeurs inscrits ; au second tour, il lui suffit d'obtenir plus de voix que ses concurrents.

Ces élections sont caractérisées par de très grandes inégalités de représentation [1]. Puisqu'il y a un conseiller par canton, les habitants des cantons les moins peuplés sont favorisés par rapport à ceux des cantons les plus peuplés, c'est-à-dire qu'au conseil général, *les cantons ruraux sont sur-représentés par rapport aux cantons urbains*. Ces inégalités sont d'autant plus graves que les conseillers généraux jouent un rôle politique important : ils font partie du collège électoral qui désigne les sénateurs.

La dissolution du conseil général peut être prononcée, en cas d'impossibilité de fonctionnement, par décret motivé pris en Conseil des ministres, le Parlement devant être informé dans les délais les plus brefs. Par ailleurs, le tribunal administratif est compétent pour prononcer la démission d'office d'un conseiller général refusant d'accomplir les fonctions prévues par la loi.

– Le conseil général se réunit au moins une fois par trimestre à l'initiative de son président ; il peut aussi être réuni sur demande du bureau ou du tiers des conseillers.

Le conseil général, comme le conseil municipal dans la commune, a pour tâches essentielles de voter le budget et d'organiser les services publics.

La loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République indique dans son article 31 que le « conseil général établit son règlement intérieur dans le mois qui suit son renouvellement. Le règlement intérieur peut être déféré devant le tribunal administratif ». Le conseil général a donc l'obligation de l'établir. Il constitue un acte administratif qui pourra être déféré devant le juge de l'excès de pouvoir pour illégalité.

B. Attributions du département

Aux anciennes attributions qui avaient été dévolues au département par la loi de 1871 et qui n'ont cessé de se développer, telle la gestion de la *voirie départementale* (entretien,

---

1. La délimitation des circonscriptions cantonales est faite par décret en Conseil d'État. Sur le contrôle par le juge, v. CE 13 nov. 1998, *Le Déaut*, *AJDA* 1998.977 et *RFDA* 1999.815.

remise en état) et plus généralement du *patrimoine départemental*, s'ajoutent les nouvelles conférées depuis les lois de 1982 et 1983 [1].

Il en ressort que le département peut intervenir en matière d'*action économique* et qu'il peut notamment accorder des aides dans les mêmes conditions que les communes [2]. Il joue aussi un rôle essentiel en matière d'*aménagement foncier rural* [3].

Pour ce qui concerne l'*enseignement* public, le département prend en charge les *collèges :* il en définit la localisation, les capacités, le mode d'hébergement des élèves ; il en assure la construction, l'équipement, l'entretien, etc. ; disposant désormais des personnels nécessaires [4]. Il est aussi responsable des *transports scolaires.* Reste à la charge de l'État tout ce qui concerne l'organisation des enseignements et le personnel enseignant.

En matière d'*aide et d'action sociales*, le département tend de plus en plus à apparaître comme « chef de file ». Tenu d'organiser un service social départemental, il assure le fonctionnement des commissions d'admission à l'aide sociale et met en œuvre l'action sociale en direction des handicapés et des personnes âgées (hébergement), des bénéficiaires du RMI (actions d'insertion), des jeunes, des familles défavorisées (logement, aides diverses). Il dispose de services de prévention sanitaire : dispensaires départementaux de préventions et de soins pour la prévention ou le traitement des maladies sexuellement transmissibles, de la tuberculose ou le dépistage du cancer. En matière d'hygiène publique, ces services participent aux actions de vaccination [5].

Les attributions dans le domaine des secours et de la lutte contre l'incendie sont également larges. Une loi du 3 mai 1996 a « créé dans chaque département un établissement public, dénommé *« service départemental d'incendie et de secours »*, qui comporte un corps départemental de sapeurs pompiers ». Ce service, qui coexiste avec les centres d'incendie et de secours qui relèvent des communes ou des établissements publics de coopération intercommunale disposant d'un corps de sapeurs-pompiers, est administré par un conseil d'administration composé de représentants du département, des communes et des établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de secours et de lutte contre l'incendie [6].

---

1. S'agissant de la voirie, elle a été récemment augmentée de plus de 18 000 kilomètres de routes qui étaient jusque là nationales et ont été transférées en vertu de la loi du 13 août 2004 (*supra*, p. 210) – laquelle organise aussi, à l'occasion, un transfert de personnels des services de l'équipement de l'État.
2. *Supra*, p. 265.
3. V. la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (Dossier *AJDA* 2005.1266).
4. La loi du 13 août 2004 a transféré aux départements (pour les collèges) et aux régions (pour les lycées) les personnels techniciens, ouvriers et de service (TOS) de l'éducation nationale.
5. Sur tous ces points (et sur la répartition exacte des compétences avec les communes et l'État), M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, Domat-droit public, 6e éd., 2006. Depuis le 1er janvier 2004 (en vertu de la loi du 18 déc. 2003, citée, *supra*, p. 258), les départements sont chargés du versement de l'allocation RMI et du dispositif RMA.
6. Art. 1424-1 et s. du CGCT. « Pour emploi », les services d'incendie et de secours sont placés sous l'autorité du maire ou du préfet, agissant dans le cadre de leurs pouvoirs respectifs de police.

§ 2. Le président du conseil général et les services départementaux

– Le conseil général élit son **président** lors de la réunion qui suit chaque renouvellement triennal. Aussitôt après, il fixe le nombre des vice-présidents et des autres membres de la *commission permanente* qu'il va élire en son sein [1].

Avant 1982, le conseil général avait déjà comme président l'un de ses membres mais le préfet, alors autorité exécutive du département, avait droit d'entrée et de parole tandis que, désormais, il n'assiste au conseil général qu'en accord avec le président ou sur la demande du Premier ministre.

La fonction de président du conseil général a pris une autre dimension avec la loi du 2 mars 1982 puisqu'il est désormais l'*organe exécutif du département*. À la place du préfet, il prépare et exécute les délibérations du conseil général. Il est l'ordonnateur des dépenses du département et prescrit l'exécution des recettes départementales, il est le chef des services du département, il gère le domaine du département et, à ce titre, il exerce les pouvoirs de police en ce qui concerne la circulation sur ce domaine. Bien entendu, il représente le département dans la vie juridique : passation des contrats, actions en justice, etc. Ses décisions prennent, en général, la forme d'*arrêtés*.

– Les **services** placés après 1982 sous l'autorité du président du conseil général comprennent essentiellement des services de l'État transférés au département, sur la base de conventions signées avec le préfet. D'abord, ont été transférés certains services de la préfecture. Ensuite, ont été réalisés les transferts de parties de services extérieurs (services déconcentrés depuis 1992) : l'essentiel des services de la DDASS (Direction départementale des affaires sanitaires et sociales), divers services de la DDE (équipement), etc. Aujourd'hui, pour les nouveaux transferts, s'appliquent des règles fixées par la loi du 13 août 2004 [2].

Section 3
Les régions [3]

La décentralisation régionale s'est réalisée en deux étapes. En 1972 ont été institués les établissements publics régionaux (EPR) et, en 1982, les régions ont reçu le statut de collectivité territoriale.

§ 1. La réalisation d'une décentralisation régionale en 1972

En 1969, le général de Gaulle avait essayé de faire de la région une collectivité territoriale. « L'avènement de la région, cadre nouveau de l'initiative, du conseil et de

---

1. Art. L.3122-1 et s. du CGCT. Le président et les membres de la commission permanente auxquels celui-ci a délégué « l'exercice d'une partie de ses fonctions » forment le *bureau*.
2. V. D. Jean-Pierre, « Le principe des vases communicants appliqué à la fonction publique : quand les agents de l'État sont reversés dans la fonction publique territoriale », *JCP A* 2005, n° 1013 (« ...des dispositions extrêmement techniques et d'une lecture peu facile »).
3. M. Verpeaux, *La région*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2005.

l'action pour ce qui touche localement la vie pratique de la nation, voilà donc la grande réforme que nous devons apporter à la France », déclarait-il. À la suite de l'échec du référendum du 27 avril, il se retira. Le gouvernement fut donc amené à présenter en 1972 un nouveau projet de régionalisation, mais la volonté décentralisatrice accusa alors un retrait : au lieu des collectivités territoriales envisagées par de Gaulle, vingt-deux établissements publics régionaux (EPR) furent créés ; leur but était de contribuer au développement économique et social de la région sans porter atteinte à l'existence et aux attributions des départements et des communes ; ils n'avaient aucun rôle de gestion mais seulement une fonction de coordination, d'impulsion, de rationalisation des équipements mis en place par les collectivités locales ou les départements.

A. Organisation des établissements publics régionaux (EPR)

D'après l'article 3 de la loi de 1972 [1], « le conseil régional par ses délibérations, le comité économique et social par ses avis, et le préfet de région par l'instruction des affaires et l'exécution des délibérations, concourent à l'administration de la région ».

– Le **conseil régional** n'est pas une assemblée élue au suffrage direct. Il comprend trois catégories de membres : d'une part, tous les parlementaires de la région (qui constituent de droit la moitié du conseil), d'autre part les représentants des collectivités locales désignés par les conseils généraux, enfin les représentants des agglomérations choisis par les conseils municipaux ou les conseils des communautés urbaines. Le conseil régional élit en son sein son président. L'importance de certaines régions et le poids politique des personnalités élues à la présidence ont pu créer des problèmes dans les rapports entre le président et le préfet de région, et ont conduit à élever au niveau politique national des débats et discussions sur les pouvoirs des régions.

– Le **comité économique et social** représente différentes catégories socio-professionnelles de la région (activités économiques, sociales, familiales, éducatives, sportives, etc.). Ses membres sont désignés pour cinq ans par les organisations représentatives des différents intérêts (par exemple, syndicats ou chambres de commerce et d'industrie). Ce comité n'a que des attributions consultatives.

– Le **préfet de région** ne préside pas le conseil régional, mais il en est l'organe d'exécution. À ce titre, il prépare et instruit tous les dossiers soumis au conseil régional et il en exécute les délibérations (notamment le budget). En l'absence de services administratifs propres à l'établissement public régional, le préfet utilise les services de l'État au niveau de la région.

B. Attributions des établissements publics régionaux

Les établissements publics régionaux ont des tâches de conception (études), de coordination pour le choix des investissements, de participation au financement d'équipements présentant un intérêt régional, de réalisation d'équipements pour le compte d'autres collectivités.

Pour mener à bien ces missions, ils disposent de recettes fiscales (taxes sur le permis de conduire et taxes additionnelles à des impôts d'État ou locaux) mais cette fiscalité est

---

1. Loi du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions.

plafonnée par la loi. Les autres ressources sont les subventions de l'État, les participations des collectivités locales, les emprunts, ces derniers formant une part importante.

Le fonctionnement des établissements publics régionaux a fait apparaître une insuffisance de ces moyens financiers (ne permettant guère qu'une politique d'incitation et de saupoudrage) et des difficultés résultant de l'absence d'un personnel distinct de celui de l'administration d'État. Qui plus est, l'interdiction de gérer des *crédits de fonctionnement* a limité fortement leurs possibilités d'action, notamment dans le domaine culturel ou touristique ; ce verrou institué par les textes les empêchait de suivre le prolongement et le fonctionnement des équipements réalisés sur leur initiative, ceux-ci dépendant de l'État ou d'autres collectivités publiques.

§ 2. La région instituée en 1982

La loi du 2 mars 1982 dote la région du **statut de collectivité territoriale,** ce qui entraîne des réformes concernant ses organes et ses compétences [1] (ainsi que les contrôles exercés par l'État [2]). Elle apparaît de ce fait essentielle. Et l'important, en 2003, est moins l'inscription dans la Constitution que l'annonce de nouveaux transferts de compétences. Ce qui n'a pas empêché une nouvelle réforme du mode de scrutin. [3]

A. Les réformes relatives aux organes

Il ne suffisait pas de décider que le **conseil régional** serait une assemblée élue au *suffrage universel direct.* Encore fallait-il fixer un mode de scrutin. Le premier de ces modes fut adopté par une loi du 10 juillet 1985. Souvent, il n'a pas permis de dégager des majorités stables et il a rendu la région difficilement gouvernable [4]. Pour y remédier, la loi du 19 janvier 1999 a remplacé le scrutin proportionnel intégral par un scrutin de liste à deux tours, avec attribution d'une « prime majoritaire », dans le cadre de circonscriptions régionales et non plus départementales. Elle a réduit aussi à 5 ans la durée du mandat des

1. Art. L. 4131-1 et s. du CGCT.
2. Le contrôle administratif sur les actes des autorités régionales et le contrôle budgétaire n'appellent pas de remarques spécifiques : les procédures sont similaires à celles qui s'appliquent aux départements et aux communes. La seule différence, naturellement, est que le représentant de l'État concerné par les procédures est ici le préfet de région.
3. La garantie constitutionnelle donnée par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, lorsqu'elle énumère les collectivités territoriales, s'accompagne d'une précision : « Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ». Il s'ensuit que la région, comme aussi désormais le département, voire la commune, pourrait être remise en cause ! A brève échéance, c'est peu probable. Imagine-t-on, par exemple, de supprimer un niveau d'administration en fusionnant région et département ? De substituer aux communes les actuels EPCI transformés en collectivités territoriales ?
4. Loi du 10 juillet 1985 (*JO* 11 juill.). Selon cette loi : les conseillers régionaux sont élus pour six ans et rééligibles ; la circonscription électorale est le département ; l'élection se fait au scrutin de liste à un seul tour, à la représentation proportionnelle sans panachage ni vote préférentiel, avec répartition des restes selon le système de la plus forte moyenne.

conseillers régionaux [1]. Anticipant cette réforme, une loi était intervenue peu avant pour faciliter la gestion par un président ne disposant que d'une majorité relative [2].

Finalement, la loi de 1999 n'a pas connu d'application. Pour les élections des 21 et 28 mars 2004, s'est appliquée la nouvelle loi du 11 avril 2003 [3] : il est toujours attribué à la liste arrivée en tête une prime majoritaire égale au quart des sièges à pourvoir ; mais les conseillers régionaux sont à nouveau élus pour 6 ans ; et chaque liste est constituée d'autant de sections qu'il y a de départements dans la région ; les sièges qui lui sont attribués sont répartis entre les sections départementales qui la composent au prorata des voix obtenues par elle dans chaque département ; pour se maintenir au second tour, elle doit avoir obtenu 10 % des suffrages exprimés au premier [4].

– Les pouvoirs qui appartenaient à l'ancien préfet de région ont été attribués en 1982 au **président du conseil régional** élu (ainsi que la commission permanente) par cette assemblée. Organe exécutif, le président prépare et exécute les délibérations de l'assemblée, est ordonnateur des dépenses de la région, gère son patrimoine et, enfin, est le chef de ses services.

Ce dernier point est d'importance car les nouvelles régions disposent désormais d'une réelle armature administrative. Comme pour le département, cela entraîne une répartition des personnels avec délimitation des services qui passent sous l'autorité du président du conseil régional par convention entre ce dernier et le représentant de l'État.

Le préfet de région n'exerce plus que ses fonctions de représentant de l'État. Sa situation est exactement similaire à celle du préfet dans le département. Il peut être entendu par le conseil régional par accord avec le président ou sur demande du Premier ministre.

– Le **Conseil économique et social régional** ainsi nommé depuis 1992 (appelé antérieurement Comité économique et social), est composé de membres répartis en quatre collèges comprenant respectivement : des représentants des entreprises et activités professionnelles non salariées ; des représentants des organisations syndicales de salariés ; des représentants des organismes et associations qui participent à la vie collective de la

---

1. Loi du 19 janvier 1999 relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux (*JO* 20 janv. 1999) (Décis. CC 14 janv. 1999, *JO* 20 janv. 1999, *AJDA* 1999.149 comm. J.-É. Schoettl). Le système s'inspire de celui des élections municipales : sauf si une liste obtient dès le premier tour la majorité absolue des voix, il est procédé à un second tour de scrutin ; la liste arrivée en tête se voit attribuer une prime de 25 % des sièges de l'assemblée régionale, en plus de ceux auxquels lui donne droit la représentation proportionnelle.
2. Loi du 7 mars 1998 relative au fonctionnement des conseils régionaux (*JO* 8 mars 1998).
3. Loi du 11 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques (*JO* 12 avr. 2003).
4. Le texte initialement voté imposait l'obtention de 10 % du nombre des « électeurs inscrits ». Il a été annulé par le Conseil constitutionnel, en raison d'une irrégularité de procédure (CC 3 avr. 2003, *supra*, p. 197). La même décision considère que, sous réserve du respect de différentes obligations d'information qu'elle énumère, l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi a été respecté : « la complexité que revêt ce mode de scrutin trouve son origine dans la conciliation que le législateur a voulu opérer entre la représentation proportionnelle dans le cadre d'un vote régional, la constitution d'une majorité politique au sein du conseil régional et la restauration d'un lien entre conseillers régionaux et départements ; (elle) répond à des objectifs que le législateur a pu regarder comme d'intérêt général ».

région ; des personnalités qualifiées nommées par arrêté du préfet de région [1]. Quant à ses attributions, elles demeurent purement consultatives. Le comité est saisi obligatoirement pour avis dans différents cas qu'énumère le code (CGCT, art. L. 4221-2), notamment en matière de budget et de planification régionale. Pour le reste, sa saisine n'est que facultative mais il peut émettre des avis, de lui-même, sur toute question entrant dans les compétences de la région.

B. L'élargissement des compétences

La loi du 2 mars 1982 dispose que « le conseil régional règle par ses délibérations les affaires de la région », en précisant qu'il a « compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région et de l'aménagement de son territoire et pour assurer la préservation de son identité dans le respect de l'intégrité, de l'autonomie et des attributions des départements et des communes ». Ainsi la région peut-elle intervenir dans le domaine économique et donc agir sur l'emploi (aides aux entreprises pour favoriser le développement de la région, ou remédier à des difficultés) ; elle se voit confier un rôle, toujours en matière d'emploi, dans l'attribution aux entreprises des aides financières accordées par l'État ; elle peut participer au capital des sociétés de développement régional et des sociétés de financement, ainsi que des sociétés d'économie mixte.

Peu après, la loi du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences, transfère à la région des attributions importantes en matière de *formation professionnelle et d'apprentissage* et en matière de *logement*. Et la loi du 22 juillet 1983 lui confie notamment la charge des *lycées*. De par la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, elle joue aussi un rôle important dans le domaine des *transports.* À compter du 1er janvier 2002, cette loi la charge de l'organisation des *services ferroviaires régionaux de voyageurs* et de celle des services routiers effectués en substitution des précédents. Il en résulte que la SNCF est en partie devenue prestataire de services pour les régions.

Le conseil régional élabore encore et approuve le *plan régional*. En outre, la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification nationale a établi le principe de *contrats de plan entre l'État et les régions*. Dans ces contrats ont été inscrits les programmes correspondants aux objectifs partagés par les deux partenaires, ce qui était de nature à leur conférer un rôle important pour l'aménagement et le développement du territoire. Tel a été le cas des contrats de plan couvrant la période 2000-2006, bien que leur mise en œuvre ait souvent posé des problèmes [2]. Avec l'appellation nouvelle de *« contrats de projets »*, le Premier ministre (D. de Villlepin) a présenté les objectifs pour les années 2007-10013, lors d'un comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires (CIACT), du 6 mars 2006. À l'occasion, ont été faites des propositions pour la répartition sur la

---

1. Décret du 31 juillet 2001 (*JO* 5 août) ; art. R.4134-1 du CGCT. En annexe, un tableau précise le nombre des membres des différents conseils : il va de 65 (Limousin) à 122 (Ile de France ; avec dans ce cas, pour chaque collège : 41, 41, 35 et 5).

2. Ces contrats de plan État-région étaient à peu près tout ce qu'il restait de la volonté manifestée en 1982 de relancer la planification. S'il y a eu, en effet, un Xe plan national (1989-1992), le XIe n'a pas vu le jour. Quant au Commissariat général du plan dont certains travaux continuent de faire référence, ce n'était plus qu'une instance de réflexion parmi d'autres – Comme devrait l'être le Centre d'analyse stratégique qui l'a remplacé.

même période des *fonds structurels européens* entre les régions. Le Premier ministre a souhaité que les futurs contrats et la répartition des fonds correspondent aux priorités nationales définies par le gouvernement : compétitivité et attractivité des territoires, promotion du développement durable, cohésion sociale et territoriale. En réponse, les régions ont dénoncé une « renationalisation » des fonds communautaires, au détriment de leurs propres programmes [1]. Le sujet est aujourd'hui des plus sensibles. Selon la loi du 13 août 2004 l'État peut confier, à titre expérimental, aux régions (ou à d'autres collectivités si elles ne le demandent pas) la fonction d'autorité de gestion et celle d'autorité de paiement de programmes relevant de la politique de cohésion économique et sociale de la communauté européenne — fonctions assurées jusque-là par le préfet de région [2].

Plus généralement, la loi du 13 août 2004 précise que la région *« coordonne... les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements »* (nouvel art. L. 1511-1, CGCT)[3]. Ainsi continue-t-elle de jouer un rôle majeur en matière d'*aides* et de *régimes d'aides* [4]. L'État, par ailleurs, peut confier à une région le soin d'élaborer un *schéma régional de développement économique (SRDE)*. Contrairement à ce qui avait d'abord été envisagé, c'est à titre expérimental. Il ne s'agit pas d'une prérogative reconnue par la loi à toute région. Le Conseil régional adopte le schéma « après avoir organisé une concertation avec les départements, les communes et leurs groupements ainsi qu'avec les chambres consulaires » [5].

Avec le développement économique, l'autre grand domaine d'intervention des régions renforcé par la loi du 13 août 2004 est celui de la formation professionnelle [6].

Il est certain que cette affirmation du rôle et du poids de la région est très novatrice. Les projets de réformes antérieurs à 1982 avaient pour caractéristique de maintenir la région dans un rôle très limité. Tel n'est plus le cas, même si les budgets régionaux, en proportion, restent très inférieurs à ceux des autres collectivités. En 1997, leur montant cumulé était

---

1. *Le Monde* 7 mars 2006.
2. L'autorité de gestion a la responsabilité de la mise en œuvre des opérations financées, de la collecte des statistiques nécessaires à l'évaluation, du contrôle interne et du rapport d'exécution destiné à la Commission européenne. L'autorité de paiement, comme son nom l'indique, opère les paiements sur décision de l'autorité de gestion.
3. Dans le projet de loi, il était indiqué qu'elle devait en être « responsable ». Son rôle de « chef de file » s'en trouvait plus clairement affirmé.
4. Art. L. 1511-2 du CGCT : « ...le conseil régional définit et décide de l'octroi des aides aux entreprises dans la région qui revêtent la forme de prestations de services, de subventions, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations.
Les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement de ces aides dans le cadre d'une convention passée avec la région. Toutefois, en cas d'accord de la région, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales auteur du projet d'aide ou de régime peut le mettre en œuvre ».
Les aides en question, est-il encore précisé, « ont pour objet la création ou l'extension d'activités économiques ».
5. V. J.-F. Sestier, « Le renouveau législatif du développement économique », *JCP A* 2005, n° 1002 ; R. de Castelnau et P. de Fay, « Le nouveau régime des interventions économiques des collectivités territoriales », *AJDA* 2005.121 ; L. Benoit, « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA* 2005.1878 ; H. Groud, « Réflexions sur le nouveau droit de l'interventionnisme local et régional », *RDP* 2005.1247.
6. J.-M. Pontier, « Les nouvelles compétences des régions », *AJDA* 2004.1968 ; P.-L. Frier, « Les transferts de compétences dans les secteurs de la formation professionnelle, de l'éducation et de la culture », *AJDA* 2004.1984.

de 80 milliards de francs. Cela équivalait à environ 10 % des finances des collectivités décentralisées (contre 30 % pour les départements et 60 % pour les communes). 40 à 60 % de ces budgets étaient absorbés par les actions de formation et d'éducation. Cinq ans plus tard [1], apparaissait une nouvelle priorité : les trains express régionaux (TER). Depuis, il n'est pas rare qu'ils viennent au deuxième rang des dépenses après les lycées [2].

Malgré l'attribution à la région de nouvelles recettes fiscales, la question des moyens financiers risque de se poser encore. Des personnels beaucoup plus nombreux, tout comme l'ampleur des tâches à assumer, dans le domaine de l'emploi et du développement industriel, nécessitent des ressources financières assez considérables. Or la pression fiscale tout comme les possibilités d'emprunts sont nécessairement limitées. Seule sans doute une réforme générale des relations financières entre l'État et les collectivités décentralisées apporterait les solutions nécessaires à l'action régionale.

Section 4
Les collectivités à statut particulier

L'entrée, en 2003, des **collectivités à statut particulier** dans la liste des catégories constitutionnelles de collectivités territoriales autorise expressément le législateur à ne pas donner un statut identique aux collectivités. Avant même cette réforme, il avait souvent pu le faire. La nouvelle catégorie inclut sans conteste *la collectivité territoriale de Corse* déjà existante. D'autres peuvent s'ajouter tels *la commune et le département de Paris* ou encore, dans une moindre mesure, *la Région d'Île-de-France*.

§ 1. Paris et l'Île-de-France

A. La région d'Île-de-France

Une loi de 1964 a aménagé la région parisienne. Les anciens départements de la Seine et de la Seine-et-Oise étaient supprimés. La Ville de Paris (à la fois commune et département) et sept départements (Hauts-de-Seine, Seine-Saint-Denis. Val-de-Marne, Val-d'Oise, Yvelines, Essonne et Seine-et-Marne) composaient désormais cette région qui n'avait pas la personnalité juridique. En 1966 ont été institués un *préfet de la région* parisienne et un *district* de la région de Paris, établissement public chargé de réaliser des études et des interventions financières pour l'aménagement de la région.

La loi du 5 juillet 1972 créant les établissements publics régionaux ne s'appliquait pas à la région parisienne et c'est une loi du 6 mai 1976 qui a créé la **région d'Île-de-France** qui regroupe Paris et les sept départements de sa couronne et dont l'organisation est

---

1. Alors que les pourcentages n'ont pas changé et qu'un peu plus de 10 % des 133 milliards d'euros dépensés par les collectivités en 2002 l'ont été par les régions.
2. S'agissant des lycées, un changement majeur apporté par la loi du 13 août 2004 est consécutif au transfert des personnels techniciens, ouvriers et de service (TOS). Plus encore que les départements (auxquels, outre des agents de l'équipement de l'État, ont été transférés les TOS des collèges), la région qui n'avait que des effectifs de personnels réduits s'en trouve transformée : l'afflux d'agents de catégorie C triple au moins, en moyenne, les effectifs – V. D. Jean-Pierre, *JCP A* 2006.1043 : en tout, près de 100000 agents vont quitter les rangs de l'éducation nationale et rejoindre ceux de la fonction publique territoriale.

calquée sur le schéma régional mis en place en 1972. Par suite, en 1982, ont logiquement été appliquées les dispositions relatives à l'ensemble des régions. Restent quelques particularités, notamment en matière de transports en commun [1].

B. La ville de Paris

I. Historique

Paris n'a jamais connu un régime comparable à celui des autres villes françaises.

L'évolution du statut de Paris témoigne d'une méfiance séculaire du pouvoir central qui a toujours craint que les mouvements d'opposition politique à Paris mettent en péril son autorité. Sans parler de la révolte sans lendemain d'Étienne Marcel, prévôt des marchands au XIVe siècle, l'histoire révèle que Paris fut le siège des révolutions de 1789, 1830, 1848 et 1870, des manifestations du 6 février 1934 et, récemment, des événements de mai 1968. Cette effervescence politique de la capitale explique que tous les régimes, qu'il s'agisse de la monarchie, de l'empire ou de la république, aient cherché à maintenir Paris sous une étroite tutelle. Après les événements de la Commune, une loi de 1871, votée sur l'initiative de Clemenceau, a consacré le statut d'exception de la capitale et le rôle prépondérant exercé par le *préfet de la Seine* et le *préfet de police*. Ce régime particulier fut maintenu durant toute la IIIe République, la célèbre loi municipale de 1884 ayant expressément exclu la Ville de Paris de son champ d'application.

En 1964, Paris devient une « collectivité territoriale à statut particulier ayant des compétences de nature communale et départementale ». Mais le statut de Paris « *ville-département* » reste dérogatoire. Au préfet de la Seine succède simplement le préfet de Paris. Le conseil général de la Seine étant supprimé, le conseil de Paris prend la suite du conseil municipal, avec des pouvoirs toujours étroitement limités, et une tutelle gouvernementale directe très lourde.

Pourtant, la situation exorbitante de Paris n'est pas fondamentalement justifiée et les exigences de la démocratisation conduisent à libéraliser son statut. Effectivement, la philosophie générale de la réforme intervenue en 1975 est l'alignement sur le droit commun des collectivités locales.

II. La loi du 31 décembre 1975 [2]

Paris est un territoire sur lequel coexistent deux collectivités : la ville et le département.

Le statut de Paris comme département est, sauf adaptations liées à l'existence du conseil de Paris, celui des autres départements. De même, comme dans toutes les communes, Paris est dotée d'un maire élu et le conseil de Paris (109 membres élus) se voit reconnaître une compétence générale au lieu de compétences d'attribution. Mais, par dérogation au droit

---

1. V. la loi du 13 août 2004 (art. 37 et s.), la loi du 14 avril 2006 relative au Syndicat des transports d'Ile-de-France (STIF) (*JO* 15 avr. 2005) ; et le décret du 10 juin 2005 (*JO* 11 juin 2005) fixant le nouveau statut du *STIF*, lequel est un établissement public.
2. Loi du 31 décembre 1975, portant réforme du régime administratif de la Ville de Paris (*JO* 1er janv. 1976).

commun municipal, le préfet de police est maintenu, le maire de Paris étant ainsi dépossédé de ses pouvoirs de police. Dans chaque arrondissement, les officiers municipaux exerçant des fonctions d'état civil sont nommés par le maire. Est également instituée une commission d'arrondissement composée à parts égales par les conseillers élus dans l'arrondissement, par des personnalités désignées par le conseil de Paris et par les officiers municipaux de l'arrondissement. Les commissions d'arrondissement ne disposent d'aucun pouvoir de décision, mais elles ont un rôle consultatif, de proposition et d'animation (qui se révèle, en pratique, très faible). Une autre dérogation concerne les personnels communal et départemental de Paris qui sont soumis à des statuts qui leur sont propres. Enfin, la loi a maintenu le particularisme du régime comptable et financier de la ville de Paris avec une tutelle financière très lourde.

En matière financière, il faut également souligner que la juxtaposition des organes (ville-département) conduit à celle des budgets : communal, départemental, spécial pour la police, auxquels s'ajoutent des budgets annexes. Cet ensemble présente un caractère assez artificiel dans la mesure, par exemple, où le budget départemental est alimenté essentiellement par les subventions venant du budget communal, tous ces éléments étant votés par la même assemblée.

La répartition des compétences et des charges entre Paris et l'État reste complexe et source de tension. La lourdeur des tâches incite à s'interroger sur l'équité dans la répartition. De même, la question de la police soulève-t-elle des difficultés.

III. La réforme apportée par la loi du 31 décembre 1982 [1]

Les dispositions de la loi du 2 mars 1982 s'appliquent à Paris aussi bien en tant que commune qu'en tant que département. Ainsi l'organe exécutif du département est désormais le président du conseil de Paris. Celui-ci cumule en conséquence les fonctions de maire et d'exécutif départemental. Mais le préfet de police est maintenu. Par ailleurs, la loi du 22 juillet 1982 précisant les modalités de contrôle sur les autorités locales est également applicable à la Ville de Paris.

Il y a désormais, outre le **conseil de Paris** présidé par le **maire de Paris** et comprenant 163 membres, des *conseils d'arrondissement* élus au suffrage universel direct. Le régime des élections est fixé par la loi du 31 décembre 1982. Les conseillers d'arrondissement sont élus en même temps que les conseillers de Paris. Les listes comprennent autant de candidats qu'il y a de sièges à pourvoir (par secteur) aussi bien au conseil de Paris qu'au conseil d'arrondissement : les premiers des listes sont élus au conseil de Paris, les suivants dans l'ordre sont élus conseillers d'arrondissement. Le conseil d'arrondissement comprend à la fois des conseillers de Paris et des conseillers d'arrondissement (le nombre de ces derniers est double).

Chaque conseil d'arrondissement élit un *maire d'arrondissement* (parmi les conseillers de Paris) et des *adjoints*. Les conseils d'arrondissement, s'ils ont été renforcés par la loi

---

1. Loi du 31 décembre 1982 relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale (*JO* 1er janv. 1983, rectificatif *JO* 20 janv. 1983) ; art. L. 2511-1 et s. du CGCT (Marseille et Lyon étant, comme Paris, divisées en arrondissements dotés de conseils élus, ces villes forment une catégorie particulière de collectivités territoriales) (CC 28 déc. 1982, *JO* 29 déc. 1983 ; *AJDA* 1983.129).

du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, n'ont toujours que des attributions restreintes qui sont limitativement énumérées par la loi. Ils peuvent poser des questions au maire de Paris ou à son conseil, émettre des vœux ; ils sont consultés obligatoirement pour les affaires concernant l'arrondissement ; ils délibèrent sur l'implantation des équipements locaux. Mais la décision revient au conseil de Paris, l'arrondissement prenant en charge ensuite la gestion. Et les compétences financières demeurent fort réduites. Quant au maire d'arrondissement, il a peu de pouvoirs mais il exerce des attributions diverses en tant qu'agent de l'État (comme le font tous les maires, notamment pour l'état civil) [1].

§ 2. La corse

Pour des raisons politiques, le gouvernement a présenté au Parlement, dès 1982, deux textes sur la Corse [2] fixant certaines dispositions particulières avant même l'instauration des règles correspondantes pour l'ensemble des autres régions. Il voulait que la Corse ait très rapidement une *assemblée élue au suffrage universel direct.* La loi prévoit donc que l'élection aura lieu dans un délai de six mois à la représentation proportionnelle. Le scrutin n'ayant pas permis de dégager une majorité, la dissolution de l'assemblée fut prononcée par décret motivé en Conseil des ministres. De nouvelles élections furent organisées en application d'une loi de 1984 qui exclut de la répartition des sièges les listes n'ayant pas obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés [3].

À la différence des autres régions, la Corse est donc devenue, dès 1982, une collectivité territoriale à laquelle s'appliquent de nombreuses dispositions du statut général des régions (notamment le changement de l'organe exécutif et le nouveau régime des contrôles). Pour le reste, le *statut particulier* a pour but de « tenir compte des spécificités de cette région résultant notamment de sa géographie et de son histoire ». Le conseil régional est appelé *Assemblée de Corse* et dispose de compétences plus étendues ; il y a un *Conseil économique et social* au lieu du comité qui existe alors ailleurs ; il est institué une autre assemblée consultative, le *Conseil de la culture, de l'éducation et du cadre de vie* de Corse.

Ces lois de 1982 n'ayant pas eu tous les effets escomptés, une nouvelle réforme est intervenue en 1991. Même si elle ne retient pas la mention du « peuple corse, composante du peuple français » déclarée contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel, la loi du 13 mai 1991 donne à la Corse un statut pleinement particulier [4]. Elle crée une nouvelle collectivité territoriale, unique en son genre. Le particularisme institutionnel tient principalement à la distinction établie entre l'organe délibérant l'*Assemblée de Corse* et l'organe exécutif qui est un organe collégial le *Conseil exécutif.* Celui-ci est élu par l'Assemblée et responsable devant elle. À ces deux institutions s'ajoute le *Conseil économique, social et culturel.* Une autre particularité doit être soulignée : l'Assemblée de

---

1. Art. L. 2511-3 et s. du CGCT

2. Loi du 2 mars 1982 portant statut particulier de la région de Corse : organisation administrative (*JO* 3 mars 1982) (CC 25 févr. 1982, *AJDA* 1982.294) ; loi du 30 juillet 1982 portant statut particulier de la région de Corse : compétences (*JO* 31 juill. 1982).

3. Loi du 25 juin 1984 relative à l'élection de l'assemblée de Corse (*JO* 26 juin 1984).

4. Loi du 13 mai 1991 portant statut de la collectivité territoriale de Corse (*JO* 14 mai 1991 ; CC du 9 mai 1991, *RFDA* 1991.407 et 705 ; *RDP* 1991.943 ; *AJDA* 1991.701).

Corse est consultée sur les lois ou les décrets comportant des dispositions spécifiques à la Corse ; elle peut, en outre, présenter des propositions tendant à modifier la législation relative à la Corse.

Pourtant ce nouveau statut ne semble guère avoir été d'une réelle efficacité pour améliorer la situation politique de la Corse. L'assassinat, le 6 février 1998, du préfet Claude Érignac en atteste. C'est ainsi qu'en décembre 1999, le Premier ministre (Lionel Jospin) a ouvert avec l'ensemble des élus de Corse des discussions sur l'avenir de l'île. En juillet 2000, il a formulé des propositions qui ont été approuvées par l'Assemblée de Corse. S'est engagé un processus dont la première étape est la loi du 22 janvier 2002 [1] : la collectivité territoriale de Corse bénéficie de nouveaux transferts de compétence ; dans le cadre de son pouvoir réglementaire, elle peut demander à être habilitée par le législateur à définir les modalités d'application d'une loi au cas où il serait nécessaire d'adapter les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île [2]. Une seconde étape était prévue en 2004, qui devait, après révision de la Constitution, conforter les pouvoirs déjà reconnus et les étendre en matière législative. C'était sans compter sur la défaite de M. Jospin aux élections présidentielles de 2002.

Suite à la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, est néanmoins devenu possible en matière d'expérimentation, avec une portée générale, non limitée à la Corse, ce qu'avait censuré le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, a été organisée [3], le 6 juillet 2003, une consultation des électeurs de Corse pour substituer une collectivité territoriale unique à l'actuelle collectivité territoriale de Corse et aux deux départements de la Haute-Corse et de la Corse-du-Sud. Le non toutefois l'a emporté (avec 50,98 % des suffrages exprimés).

§ 3. Les collectivités d'outre-mer [4]

À l'article 72 de la Constitution, l'énumération des collectivités territoriales se termine par **les « collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 »**. L'article 72-3 cite *Mayotte*, *Saint-Pierre-et-Miquelon*, les *Îles Wallis-et-Futuna* et la *Polynésie française*. De ces collectivités se distinguent **« les départements et les régions d'outre-mer »** qui font l'objet de l'article 73 — *Guadeloupe*, *Guyane*, *Martinique*, *Réunion*. **La Nouvelle-**

---

1. Loi du 22 janvier 2002 relative à la Corse (*JO* 23 janv. 2002) (CC 17 janv. 2002) ; comm. P. Ferrari, *AJDA* 2002.86.
2. La disposition prévoyant une même possibilité d'adaptation pour les lois a été censurée par le Conseil constitutionnel : « ...en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution ». S'agissant des dispositions de la loi relative à l'enseignement de la langue corse, v. *supra*, p. 55, note 2.
3. En application du nouvel article 72-1 (qui permet, « lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation... de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées ») et conformément à la loi du 10 juin 2003 organisant une consultation des électeurs de Corse sur la modification de l'organisation institutionnelle de la Corse (*JO* 11 juin 2003, avec en annexe les orientations proposées).
4. J.-F. Brisson, O. Gohin, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA* 2003.678 ; J.-P. Thiellay, « Les outre-mers dans la réforme de la Constitution », *AJDA* 2003.564.

Calédonie, quant à elle, continue de relever des « dispositions transitoires » des articles 76 et 77 [1].

A. Les départements et les régions d'outre-mer (DROM)

En Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, comme à Paris, continuent de coexister deux collectivités : le **département** et la **région**. Il y a deux assemblées, un conseil général et un conseil régional, qui gèrent le même territoire géographique. Prévaut toujours le principe d'**assimilation** : « les *lois et règlements sont applicables de plein droit* ». Est également confirmé un principe d'**adaptation**. Les DROM « peuvent faire l'objet d'*adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités* ».

Des précisions toutefois sont faites par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, destinées à permettre ce qui jusque-là restait impossible [2]. L'initiative appartient aux collectivités intéressées, des habilitations pouvant leur être données par la loi, à leur demande, « dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ». Deux cas sont distingués aux alinéas 3 et 4 de l'article 73. D'abord, celui des habilitations données « dans les matières où s'exercent leurs compétences » : sont permises des adaptations locales de normes nationales. Ensuite, celui des habilitations « à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi » : il s'agit alors pour les collectivités de fixer directement de nouvelles règles [3].

Si ces dispositions se révélaient insuffisantes, de nouvelles collectivités pourraient à l'avenir se substituer aux DROM. Le dernier alinéa de l'article 73 envisage la « création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ». Il fixe une condition : cette création « ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités ». Ont ainsi été consultés, le 7 décembre 2003, sur un projet de création d'une assemblée unique pour chaque île, les électeurs inscrits en Martinique et en

---

1. Une place est encore faite, à l'article 72-3, aux Terres australes et antarctiques françaises, lesquelles évidemment ne constituent pas une collectivité territoriale : la loi en « détermine le régime législatif et l'organisation particulière ». V. P. Lise, « Une délocalisation atypique : les TAAF », *RDP* 1999.1109 ; interviennent un Administrateur supérieur et un Conseil consultatif, installés à la Réunion.
2. V., soulignant le caractère restrictif de l'ancien article 72, CC 7 déc. 2000, concernant la loi d'orientation pour l'outre-mer (*JO* 14 déc. 2000 ; comm. F. Luchaire, *RDP* 2001.247 ; D. Custos, *AJDA* 2001.731) : « le statut des départements d'outre-mer *doit être le même* que celui des départements métropolitains *sous la seule réserve* des mesures d'adaptation ».
3. Diverses matières sont exclues : « ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique ». Autre précision qui résulte d'un amendement parlementaire et qui, en tant qu'elle préserve la situation antérieure, laisse pour le moins perplexe : « la disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de la Réunion ». V. A. Oraison, « Quelques réflexions générales sur l'article 73... — Les possibilités offertes aux départements d'outre-mer (Guadeloupe, Guyane, Martinique) en matière d'habilitation législative et l'exception insolite de la Réunion », *RFDA* 2003.684.

Guadeloupe. Chaque fois, comme en Corse, le non l'a emporté (avec respectivement 50,48 % et 72,98 % des suffrages exprimés) [1].

Est également prévue, à l'article 72-4, la possibilité de passer de l'un à l'autre des régimes organisés par les articles 73 et 74 : « ce changement de régime est décidé par une loi organique ». Là encore, c'est subordonné au consentement des électeurs de la collectivité intéressée. Sur proposition du gouvernement, le président de la République décide d'organiser la consultation, laquelle pourra être suivie, en cas de résultat positif, de la loi organique.

En ce qui concerne les *rapports avec le pouvoir central*, il est apparu nécessaire de coordonner l'activité des différentes administrations qui ont à s'occuper de ces départements lointains. Selon les gouvernements, cette tâche est confiée à un ministre ou à un secrétaire d'État auprès du Premier ministre ou du ministre de l'Intérieur [2]. Quant aux *préfets*, ils ont plus de pouvoirs que leurs collègues de métropole. Responsables de la sûreté intérieure et extérieure du département, ils disposent, à ce titre, des forces armées et peuvent déclarer l'état de siège alors que celui-ci est décrété en Conseil des ministres dans la métropole. S'ajoutent des pouvoirs attachés à l'exercice d'une fonction diplomatique [3].

B. Les collectivités d'Outre-Mer régies par l'article 74 (COM)

L'expression « collectivité d'outre-mer » remplace celle de « territoire d'outre-mer » utilisée en 1958 à l'article 74, sans pour autant désigner les mêmes collectivités. En effet, la catégorie des TOM s'était progressivement réduite et paraissait proche de ne plus viser que les seules Îles Wallis-et-Futuna. Suite à la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998, la Nouvelle-Calédonie n'était plus un « territoire d'outre-mer », mais une collectivité particulière dotée d'une autonomie renforcée et la Polynésie française semblait devoir suivre la même voie. Sans être à proprement parler des départements d'outre-mer, puisque la loi — pour des raisons de politique étrangère — les qualifie simplement de « collectivité territoriale », Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte en étaient, quant à eux, en réalité très proches. La première de ces collectivités est régie par une loi du 11 juin 1985 qui lui a retiré la qualité de DOM, laquelle avait déjà antérieurement remplacé celle de TOM. Suite à une consultation de la population, la seconde a aujourd'hui un statut fixé par la loi du 11 juillet 2001 précisant qu'elle prend le nom de « Collectivité départementale de Mayotte ».

---

1. En 1982 déjà, le gouvernement avait souhaité instituer une assemblée unique élue au suffrage direct. Mais le Conseil constitutionnel avait considéré que c'était aller au-delà des mesures d'adaptation que l'article 73 de la Constitution autorisait. À la suite de cette décision, le gouvernement a déposé un nouveau projet qui est devenu la loi du 31 décembre 1982 portant organisation des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion (*JO* 1er janv. 1983).
2. Secrétaire d'État à l'Outre-mer auprès du ministre de l'Intérieur, dans le dernier gouvernement Jospin ; ministre de l'Outre-mer dans les gouvernements Raffarin et de Villepin.
3. D. Custos, « L'institution préfectorale dans les départements d'outre-mer au terme d'un demi-siècle d'existence », *RFDA* 2000.778.S'agissant de l'action internationale de l'État outre-mer et de la manière dont les DROM peuvent y être associés, v. les articles 42 et 43 de la loi du 13 décembre 2000 (comm. O. Gohin, *AJDA* 2001.438) : ils organisent un régime qui n'est pas celui de la coopération décentralisée de droit commun.

Relevant désormais du nouvel article 74 (qui ne compte pas moins de 12 alinéas), **Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, les Îles Wallis-et-Futuna et la Polynésie française** — auxquels il faut ajouter **Saint Barthélémy** et **Saint Martin** [1]— ont surtout en commun de ne pas être des collectivités régies par l'article 73. Chacune à son statut qui tient compte de ses « intérêts propres... au sein de la République ». Une loi organique, « adoptée après avis de l'assemblée délibérante », définit ce statut — ce qui n'empêche pas, également après consultation, la loi « ordinaire » de définir les modalités d'organisation ne relevant pas de la précédente [2].

La loi organique fixe notamment les conditions dans lesquelles les lois et règlements sont applicables et les compétences de la collectivité [3]. Il est précisé qu'elle détermine, pour les collectivités qui sont « dotées de l'autonomie », les conditions dans lesquelles elles peuvent disposer de pouvoirs plus étendus. En tout état de cause, la voie était ainsi ouverte à une réécriture des textes en vigueur [4].

C. La Nouvelle-Calédonie

L'évolution de la Nouvelle-Calédonie s'est faite en plusieurs étapes. Les graves difficultés qu'a connu ce territoire, l'opposition des indépendantistes du Front de libération nationale kanak socialiste (FNLKS) et des anti-indépendantistes du Rassemblement pour la Calédonie dans la République (RPCR), se sont traduites par une succession de textes législatifs modifiant son statut et par un référendum local, le 13 septembre 1987, qui n'a d'ailleurs rien résolu. Sous l'autorité directe du Premier ministre, Michel Rocard, les éléments essentiels d'une nouvelle consultation ont alors été arrêtés ; elle a eu lieu le 6 novembre 1988 : malgré une très forte abstention le projet de loi référendaire a été adopté [5] ; il ouvrait une période transitoire de dix ans avant un référendum d'autodétermination. Précédant la nouvelle consultation de la population, un accord a été signé à Nouméa, en 1998, par les représentants du gouvernement français, les dirigeants du FNLKS et ceux du RPCR. Cet accord reconnaît une « citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie ». Il organise le transfert « progressif » mais « irréversible » des compétences de l'État français en vue de l'établissement de la **« pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie »** et de son accès à un **« statut international de pleine responsabilité »**. Les articles 76 et 77 de la Constitution, issus de la révision constitutionnelle de juillet 1998 (nécessitée par cet accord) ont ainsi prévu : d'une part, l'approbation par les populations de la Nouvelle-Calédonie de l'accord de Nouméa (le scrutin a eu lieu le 8 novembre

---

1. Consultées le 7 décembre 2003, les populations de ces îles jusque là rattachées à la Guadeloupe, ont alors opté pour le statut de COM. V. A. Oraison, « Réflexions critiques sur le maintien du *statu quo* institutionnel à la Guadeloupe et à la Martinique et sur le changement statutaire à Saint-Barthélémy et à Saint-Martin à la suite des référendums antillais du 7 déc. 2003 » (*RFDA* 2004.42).
2. C'est ce qu'avait précisé la loi constitutionnelle du 25 juin 1992. S'ajoute aujourd'hui un article 74-1, créant un nouveau cas dans lequel le gouvernement est habilité à prendre certaines mesures par ordonnance.
3. « Sous réserve de celles déjà exercées par elle » (qui ne peuvent donc être remises en cause) et avec les limites fixées à l'article 73-4 — lequel réserve certaines compétences à l'État.
4. Est ainsi intervenue, la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et la loi du même jour complétant ce statut (*JO* 2 mars 2004, avec les décisions du CC du 12 févr. 2004) – Statut qui, dans l'année suivant son adoption, a servi de décor à une profonde crise politique et à de multiples contentieux : v. J.-P. Thiellay, *AJDA* 2005.868.
5. Loi du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 (*JO* 10 nov.).

1998) ; d'autre part, l'édiction d'une loi organique déterminant les transferts de compétences de l'État, les règles essentielles du statut, les conditions des consultations futures pour une accession à la pleine souveraineté (entre 2014 et 2019). Cette loi organique, en date du 19 mars 1999, est complétée par une loi ordinaire fixant les autres mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa [1].

---

1. V. le texte de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 (*JO* 27 mai 1998) ; la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie (*JO* 21 juill. 1998) ; la loi du 19 mars 1999 organique relative, à la Nouvelle-Calédonie, avec la décision CC 15 mars 1999, et la loi du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (*JO* 21 mars 1999). Un point important de la réforme concerne le pouvoir normatif du Congrès de la Nouvelle-Calédonie qui peut adopter des « lois du pays » : *supra,* p. 98, note 4 et p. 127. Cette évolution du statut de la Nouvelle-Calédonie a fait l'objet de critiques : V. O. Gohin, « L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie », *AJDA* 1999.500 ; et A.-M. Le Pourhiet, « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP* 1999.1005. « Ce n'est plus un régime dérogatoire. C'est un régime d'exception », conclut Guy Carcassonne (*La Constitution*, 7e éd., 2005, p. 359) : « Les fondements mêmes de notre ordre démocratique, à commencer par la citoyenneté, sont localement ébranlés, et il est tant de possibilités ouvertes, notoirement contraires à ce qui vaut pour le reste de la République, qu'il n'est pas exagéré d'observer que, en réalité, il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre Constitution, celle de la Nouvelle-Calédonie que le texte de 1958, bien accueillant, abrite désormais dans son titre XIII, à la façon des poupées russes ».

POUR APPROFONDIR

L'étude de la décentralisation, après celle de l'Administration d'État et de la déconcentration (dossier 5), peut donner à penser que, « par-delà les différences qui les séparent, les processus de déconcentration et de décentralisation relèvent d'un même mouvement de déplacement du pouvoir du centre vers la périphérie et produisent des effets identiques : enfouissant les relais périphériques dans le milieu local, ils ne changent pas seulement le cadre organique mais modifient la rationalité même qui préside aux choix administratifs : leur entrecroisement donne naissance à un système d'interrelations intégré et solidaire, arc-bouté sur le local pour mieux résister à l'emprise du niveau central » (Jacques CHEVALLIER, *Science administrative,* PUF, Thémis, 3e éd., 2002, p. 382).

Le constat ne doit toutefois pas induire en erreur. Du point de vue de l'analyse juridique, il y a bien, dans les deux cas, un déplacement du pouvoir du centre vers la périphérie mais aucunement un même mouvement ; tout au contraire, interviennent deux mouvements nettement différents qu'il ne faut surtout pas confondre. Cela n'empêche pas d'une manière générale, et même s'il n'y a sûrement pas de réponse assurée, de s'interroger sur ce qu'il en est, en fait, des **rapports entre le centre et la périphérie**. Outre Jacques CHEVALLIER, v., par exemple, Georges DUPUIS, *Le centre et la périphérie en France*, LGDJ, « Systèmes », 2000 ; Pierre SADRAN, *Le système administratif français,* Montchrestien, coll. « Clefs », 2e éd., 1997 ; Jean-Bernard AUBY, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, Systèmes, 2006. Ce dernier souligne que la décentralisation, si elle est bien une forme d'organisation de l'État, « est aussi la façon dont l'État *consent* à accueillir des réalités locales » : « elle est aussi le résultat du fait qu'à toute époque existent des formes de cohésion sociale locale, auquel le système étatique vient plus ou moins donner consécration avec la décentralisation, auquel il *consent plus ou moins* par la décentralisation » (p. 132). Comment l'interpréter ? Jacques CAILLOSSE finit par se demander s'il n'y a pas là une « ruse de l'État central » (« Comment le « centre » (se) sort-il des politiques de décentralisation ? », *Pouvoirs locaux*, n° 63, IV / 2004) : la ruse d'« un État qui se servirait du droit de la décentralisation pour se refaire tout à la fois une identité et une santé ». Que tout change en somme pour que rien ne change.

En tout état de cause, il peut être admis qu'avec la décentralisation de 2003 l'on se situe dans la continuité des réformes de 1982 (*supra*, p. 255 ; de même, Gérard MARCOU, « Décentralisation : approfondissement ou nouveau cycle ? », La Documentation française, *Cahiers français*, n° 318, janv.-févr. 2004, p. 8). Si adaptation ou approfondissement il y a, quelle en est exactement la portée ? Alors même que l'équilibre des pouvoirs ne devrait pas, tout au moins dans l'immédiat, être bouleversé, les principes désormais mis en avant ne conduisent-ils pas malgré tout, comme le montre Serge REGOURD à « penser différemment la question » de la **répartition des compétences** entre l'État et les collectivités territoriales ? (« La révision constitutionnelle de mars 2003 et l'unité de la République », *ibid.*, p. 59 et p. 64) :

> Jusqu'alors prévalait un principe simple, d'unité, ou d'uniformité, consistant à attribuer, de manière identique, les mêmes compétences à l'ensemble des collectivités relevant de la même catégorie. Soit sur la base du système ancien dit de la clause générale de compétences, bénéficiant à toutes les collectivités territoriales, soit sur la base d'une énumération législative des domaines de compétences reconnus à chaque catégorie de collectivités, selon une logique de « blocs de compétences », correspondant à la tentative du législateur de 1983. C'est à l'aune d'une telle répartition unitaire ou uniforme des compétences, que l'on peut juger les transferts de 2004 comme de faible portée. Mais procéder ainsi relèverait d'une erreur d'optique, par occultation de la portée de la révision constitutionnelle. Pour partie au moins, la révision constitutionnelle opère, en effet, une

> nette rupture par rapport à l'état de droit antécédent fondé sur le principe d'unité. [...] À ce stade, c'est évidemment tout le puzzle des structures territoriales qui est bousculé, l'exercice des compétences pouvant relever d'un panel très diversifié de figures juridiques dès lors que simultanément, et parallèlement, certaines collectivités procéderont à des expérimentations dans des domaines et selon des règles de droit variables, d'autres affirmeront leur compétence spécifique au titre de la subsidiarité, cependant que d'autres encore exerçant leur compétence dans le cadre d'un « concours » de plusieurs collectivités, assumeront ou non la responsabilité de collectivité-chef de file.

Parmi ces « figures juridiques » qui semblent là décisives et de nature à opérer une « nette rupture par rapport à l'état du droit antécédent fondé sur le principe d'unité », *l'expérimentation* retient tout particulièrement l'attention et suscite d'abondants commentaires. Aux questions qui s'ensuivent, d'autres s'ajoutent consécutives à la prise en compte du contexte de l'intégration européenne. Dans tout débat sur la décentralisation, en effet, *l'Europe* tient désormais une place essentielle.

L'EXPÉRIMENTATION

L'expérimentation n'est pas une nouveauté (*supra*, dossier 1, p. 21, note 8). En 2000 déjà, une proposition de loi constitutionnelle avait été faite « tendant à introduire dans la Constitution un droit à l'expérimentation pour les collectivités locales ». Telle que conçue finalement par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 et la loi organique du 1er août 2003, l'expérimentation se révèle être en deçà de ce qui avait auparavant été demandé : « La Constitution ne consacre pas de droit à l'expérimentation, puisque le processus est entièrement contrôlé par le législateur (pour l'expérimentation législative) et par le gouvernement (pour l'expérimentation réglementaire), qu'eux seuls décident de la possibilité ou non d'une expérimentation » (Jean-Marie PONTIER, commentaire de la loi organique, *AJDA* 2003. 1717). C'est pourquoi l'idée d'une rupture de la logique unitaire suscite des réserves. Il y a bel et bien, et c'est la nouveauté, possibilité pour les collectivités territoriales de déroger à certaines lois ou à des règlements. Mais il n'est pas question de laisser à ces collectivités l'initiative : « avec l'expérimentation, ce sont en effet les deux supports de l'indivisibilité de la République à savoir l'unité du pouvoir normatif et l'identité institutionnelle qui risquent de vaciller. Dès lors, le maintien du caractère unitaire de l'État impose de placer les expérimentations sous le contrôle des autorités centrales » (Jean-François BRISSON, « Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales », *AJDA* 2003. 528).

Il suffit pour s'en convaincre de lire la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi organique lorsqu'il conclut, après avoir notamment rappelé les dispositions constitutionnelles (citées *supra*, p. 257), que le législateur n'est pas resté en deçà de l'habilitation et n'en a pas excédé les limites :

> Considérant qu'en vertu de l'article L.O. 1113-1 du code général des collectivités territoriales, la loi d'habilitation préalable à une expérimentation en fixe l'objet, la durée, qui ne peut excéder cinq ans, ainsi que les conditions à remplir par les collectivités territoriales admises à y participer ; que, selon l'article L.O. 1113-2, ces collectivités, dont la liste est établie par décret, sont celles qui, répondant aux conditions posées par la loi d'habilitation, ont fait connaître au représentant de l'État, après délibération motivée, leur décision de participer à l'expérimentation ; que l'article L.O. 1113-3 prévoit que « les actes à caractère général et impersonnel d'une collectivité territoriale portant dérogation aux dispositions législatives mentionnent leur durée de validité » ; que le même article subordonne l'entrée en vigueur de tels actes à leur publication au *Journal officiel* de la République française ; que l'article L.O. 1113-4 soumet aux règles du droit commun le recours du représentant de l'État contre les actes d'une collectivité territoriale pris dans le cadre d'une expérimentation et organise un régime de suspension de ces actes ; que l'article L.O. 1113-5 est relatif à l'information du Parlement sur les expérimentations ; qu'en

vertu de l'article L.O. 1113-6, le législateur peut décider, au vu de l'évaluation de l'expérimentation, soit de mettre fin à celle-ci, soit de la prolonger en en modifiant, le cas échéant, les modalités, soit de généraliser les mesures prises à titre expérimental ; que le dépôt d'une proposition ou d'un projet de loi ayant l'un de ces objets proroge l'expérimentation pour une durée maximale d'un an ; qu'enfin, l'article L.O. 1113-7 transpose l'application des dispositions précédentes aux actes qui ressortissent à la compétence du pouvoir réglementaire national.

Ainsi que le relève par ailleurs le Conseil, il s'agit seulement « d'expérimenter localement des normes nouvelles ». C'est temporaire : soit il n'y a pas de suite et ces normes disparaissent ; soit c'est concluant et elles acquièrent une portée générale.

Pour d'autres commentaires que ceux déjà cités, à La Documentation française : *Problèmes politiques et sociaux*, déc. 2003, n° 895 (Décentralisation et expérimentations locales) ; *Les collectivités locales et l'expérimentation : perspectives nationales et européennes*, Centre d'études du ministère de l'intérieur, 2004. Qu'ils mettent l'accent sur une certaine rupture de la logique unitaire ou qu'ils s'attachent à montrer que cette logique « tient bon », tous ces commentaires font appels à des notions souvent utilisées comme allant de soi mais en réalité difficiles à cerner : unité, uniformité, diversité, mais aussi égalité, indivisibilité — voir ici, parce qu'elle « n'avait jusqu'alors quasiment pas suscité d'authentique analyse juridique », Didier GUIGNARD, *La notion d'uniformité en droit public français*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2004, vol. 35.

L'EUROPE

1. La Communauté elle-même ne prescrit pas pour les États membres un modèle institutionnel uniforme. S'il n'est pas question pour ces États de pouvoir invoquer quelque particularisme institutionnel pour s'opposer à l'application d'une règle communautaire, chacun s'organise comme il l'entend. Ce qui veut dire que chacun conserve ses spécificités, liées à son histoire, à ses valeurs. Par suite, bien que difficile et souvent délicate, l'**analyse comparative** demeure du plus grand intérêt. Ainsi que l'exprime Yves MENY, « en soulignant la relativité de toute solution, en mettant en lumière les options alternatives, la comparaison permet d'ouvrir un « champ des possibles » et de faire reculer les idées reçues en montrant que « l'impossible » ou « l'impensable » ici sont bien pensés et réalisés là » (*L'Administration territoriale en Europe,* sous la direction d'Yves MENY, dossiers et débats, Publication de l'IIAP, 1993, p. 9). Voir A. DELCAMP et J. LOUGHLIN (sous la direction de), *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, les études de La Documentation Française, 2003. Et surtout, suivre au jour le jour l'actualité de ces États dans lesquels la question des structures administratives se pose tout autant qu'en France.

2. L'un des traits les plus marquants de l'évolution est le renforcement du **rôle des régions**. En France, elles restent certes quelque peu en retrait. Mais ne voit-on pas renaître un régionalisme qui trouve ses modèles dans les régions européennes dotées d'une forte identité culturelle – Catalogne, Pays Basque, Lombardie, Vénitie, Bavière, Écosse, etc. ?

Le droit communautaire a pris acte de cette évolution. Le Traité de Maastricht a créé un **Comité des régions,** qui assure aux collectivités une représentation au niveau européen. Et le Traité d'Amsterdam a développé et consolidé la position de ce comité (Henry FERAL et Pierre-Alexis FERAL, *Le Comité des régions, un organe à renforcer dans l'Union européenne et à dupliquer en France*, *JCP A* 2004, n° 1389). Du point de vue financier, le rôle de l'Europe se révèle par l'importance des **« fonds structurels européens »** grâce auxquels elle entend poursuivre « son action tendant au renforcement de sa **cohésion économique et sociale** » (art. 158, Traité instituant la CE). Sur la période 2000-2006, finalement, 16 milliards d'euros auront été alloués à la France, presque l'équivalent des 17 milliards investis par l'État dans les contrats de plan État-régions. Pour 2007-2013, sur un total européen de 380 milliards d'euros, 13,5 milliards devraient revenir à la France. Cette réduction et la tendance à l'augmentation des besoins font de la répartition et de la gestion de ces fonds un autre dossier à suivre tout particulièrement.

3. Les régions ne sont pas seules à être concernées par l'Europe. Toutes les collectivités territoriales décentralisées sont, d'une manière ou d'une autre, confrontées à la question de l'*application* du **droit communautaire** (Laurence LEMOUZY, « La norme communautaire et la gestion publique territoriale : quelles incidences sur le management public territorial ?, *JCP A* 2004, n° 1696). Un rapport du Conseil d'État a fait le point (*Collectivités territoriales et obligations communautaires*, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 2004, citation de la page 7) :

> La réflexion ainsi conduite, a fait d'emblée apparaître la nécessité de clarifier les notions de « manquement » et de « responsabilité » ainsi que l'importance pour l'État de se donner les moyens de garantir sur son territoire le respect du droit communautaire (première partie).
>
> L'étude des causes et des domaines des manquements des collectivités territoriales au droit communautaire (deuxième partie) a mis en lumière la nécessité de privilégier les moyens de prévenir ces manquements sans exclure les mesures visant à améliorer l'efficacité de l'arsenal juridique qui permet de les faire cesser (troisième partie).

Parmi les moyens envisagés figurent l'amélioration de la formation des agents aux questions communautaires, la volonté de donner sa pleine efficacité au contrôle de légalité, la prise en charge par les collectivités des sommes acquittées par l'État du fait de leurs manquements – préoccupation qui a inspiré certaines des dispositions de la loi du 13 août 2004 relatives aux aides économiques. Ne peut que se poser aussi, du fait de cette implication sans cesse grandissante dans la mise en œuvre du droit communautaire, « la question de la participation des collectivités territoriales françaises à l'*élaboration nationale* du droit communautaire » (titre d'un article de Marie-Claire PONTHOREAU, *AJDA* 2004.1125). Pourrait être, par exemple, envisagée, à l'image du comité des régions, la création d'un nouvel organisme consultatif donnant aux collectivités territoriales « la possibilité, dans le cadre national, d'exprimer le plus en amont possible leurs positions sur les projets de textes communautaires ayant peu ou prou des incidences sur la vie quotidienne du fonctionnement de ces collectivités » (Henry FERAL et Pierre-Alexis FERAL, article cité ci-dessus). À défaut, sur ce qu'il en est dans l'immédiat (et qui se ramène à peu de choses), voir la circulaire du Premier ministre du 19 décembre 2005 relative à l'association du Parlement, des collectivités territoriales, des partenaires sociaux et de la société civile aux processus de décision européens (*JO* 9 févr. 2006).

4. Dans le cadre du *Conseil de l'Europe*, est entrée en vigueur, en 1988, une **Charte européenne de l'autonomie locale** — voir le site internet du Conseil de l'Europe. En France, toutefois il a fallu attendre la loi du 10 juillet 2006 pour que soit autorisée l'approbation de cette charte (*JO* 11 juill. 2006). À s'interroger sur ce retard, l'on en revient aux questions initialement posées. La « seule explication valable » résidait-t-elle (comme l'écrivain Alain DELCAMP et Marie-José TULARD, *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, les études de La Documentation française, 2003, p. 153) dans « les tendances culturelles françaises à la centralisation » ? Est-ce vraiment en train de changer ?

Dossier 6

Les institutions spécialisées

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. Les établissements publics
Chapitre 2. Les autres institutions spécialisées

L'administration n'est pas dans sa totalité assumée directement par l'appareil d'État (administrations centrales, services à compétence nationale, services déconcentrés) ou par les collectivités territoriales décentralisées elles-mêmes. Elle est confiée en partie à des institutions diverses qui, sans être indépendantes, sont néanmoins dotées d'une certaine autonomie concrétisée par l'attribution de la *personnalité juridique*.

a) Ce sont des **personnes morales dérivées** qui, à chaque niveau d'attribution, sont organiquement distinctes des personnes morales fondamentales (État, région, département, commune), mais sous leur contrôle.

Le *principe d'autonomie* (et son corollaire, le contrôle de tutelle, moins contraignant qu'un contrôle hiérarchique) par rapport aux collectivités territoriales constitue une caractéristique essentielle de ces institutions. Personnes publiques mais aussi personnes privées, elles présentent une *grande diversité de statuts juridiques.* Ne leur est pas appliqué le principe d'uniformité. En revanche, elles obéissent toutes au *principe de spécialité :* chacune d'elles est créée par une collectivité en vue d'exercer **une ou plusieurs activités déterminées.** Toute personne morale, qu'elle soit publique ou privée, ne peut utiliser ses droits que pour servir les intérêts qui lui sont confiés. Ceux-ci, et donc les fonctions assignées, peuvent être plus ou moins larges ou diversifiés. Par exemple, la gestion d'activités industrielles et commerciales nécessite une souplesse d'exploitation qui rend difficile une délimitation stricte et définitive. Aussi souple qu'elle soit, la spécialité fonctionnelle reste néanmoins une caractéristique commune de ces institutions alors que les collectivités territoriales ne sont en principe spécialisées que du point de vue géographique : les premières exercent des **compétences d'attribution** tandis que les secondes sont titulaires d'une *compétence de droit commun*.

b) La multiplication et la diversité dans l'administration contemporaine (tant au niveau de l'État qu'à celui des collectivités décentralisées) de ce que l'on peut appeler des **institutions spécialisées** ne sont pas sans soulever de nombreux problèmes. Le phénomène met en jeu des exigences contradictoires : autonomie et spécialisation d'une part, et, d'autre part, cohérence ou unité de la gestion publique. La conciliation est plus particulièrement difficile dans le domaine économique car les institutions sont dans une situation marquée par le *dualisme* : elles sont à la fois dans la mouvance de l'Administration et dans celle du système économique (national et international). D'un point de vue strictement juridique, la parcellisation de l'Administration et l'hétérogénéité des structures

rendent difficile la définition de l'administration publique. En effet, parallèlement à la croissance (avec de nombreuses variantes) du nombre des établissements publics et des groupements d'intérêt public, personnes publiques, s'est produite une très forte augmentation des personnes privées (sociétés, associations...) chargées de missions administratives.

c) Ces mouvements sont dus à plusieurs facteurs. La volonté d'attirer des fonds (des libéralités) affectés à des buts spécifiques a contribué depuis longtemps à la création de personnes morales distinctes de l'État et des autres collectivités territoriales, de même que la nécessité de reconnaître une individualité à des groupements humains autres que géographiques (professionnels ou culturels, par exemple). Mais l'un des facteurs essentiels, après la Seconde Guerre mondiale, dans le contexte d'interventionnisme croissant, a été la recherche de l'efficacité de l'action. Dans cette démarche, plusieurs objectifs ont été poursuivis. Le premier concerne la gestion : de nombreuses activités prises en charge par l'Administration nécessitent une grande souplesse de fonctionnement ; la séparation organique, au moyen de la personnalité juridique, est apparue comme le moyen d'échapper à la rigidité et à la lourdeur des processus de décision. Un autre but est de réaliser une responsabilisation des gestionnaires, en sortant du cadre hiérarchique et centralisé.

Il s'agit aussi d'établir des relais entre l'appareil administratif et la société civile, permettant la mise en œuvre de politiques publiques par l'intermédiaire de structures qui ne sont pas intégrées à l'Administration, comme les associations.

d) La *nébuleuse* d'institutions spécialisées [1] qui en est résulté peut difficilement être classée de façon très précise et rigoureuse. Par exemple, la notion d'entreprise publique, mal définie, recouvre diverses formes juridiques.

Les **établissements publics** eux-mêmes présentent des ambiguïtés dans la mesure où certains fonctionnent pratiquement comme des sociétés privées alors que d'autres ne sont que formellement distincts de l'appareil administratif. Ils constituent cependant un ensemble susceptible d'être traité à part (Chapitre 1) et s'opposent aux autres institutions qui sont de nature très diverse (Chapitre 2). Quoi qu'il en soit, il est clair que les frontières entre secteur public et secteur privé, de même que celles qui séparent droit public et droit privé, se sont estompées. L'extension de l'interventionnisme s'est accompagnée d'un changement profond dans les modalités d'action et semble avoir conduit à forger un système mixte fonctionnellement, économiquement et juridiquement : la division de l'appareil administratif révèle ainsi, à travers les institutions spécialisées, une transformation des relations entre l'administration et son environnement socio-économique.

e) De nouveaux changements s'opèrent néanmoins, depuis une quinzaine d'années, dans un contexte qui a beaucoup évolué et où il faut compter avec le droit communautaire. Si celui-ci affiche une neutralité de principe en ce qui concerne l'organisation des personnes publiques, « du fait de la place centrale du principe de libre concurrence, cette

---

1. La Cour des comptes a critiqué, notamment dans son rapport public 1960-1961, le développement de ce qu'elle qualifie de « démembrements de l'Administration ». De même, le Conseil d'État a dénoncé la prolifération des établissements publics et des institutions de forme privée dans son étude de 1971 sur *La réforme des établissement.*

neutralité est plus apparente que réelle » [1]. Ainsi, une personne publique peut toujours adapter librement son organisation et ses modes de fonctionnement pour améliorer leur efficacité, mais ses choix se traduiront par l'obligation de respecter diverses contraintes jusque là ignorées. Qu'elle crée, par exemple, un organisme considéré comme « opérateur économique » par le droit communautaire, et elle ne pourra faire appel à lui sans le mettre en concurrence, notamment dans le cadre d'un marché public ou d'une concession [2].

1. E. Fatôme et A. Menemesis, « Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse », *AJDA* 2006.67.
2. *Ibid*. S'il apparaît y avoir deux situation dans lesquelles la personne publique retrouve toute sa liberté (celle où l'opérateur que la personne publique a créé et/ou auquel elle fait appel est un prestataire de service qui bénéficie de droits exclusifs et celle où cet opérateur peut être assimilé à un service interne, ayant des relations *in house*), la jurisprudence de la CJCE en a une conception très restrictive.

Chapitre 1

Les établissements publics

Les établissements publics sont tous des personnes morales de droit public chargées d'une mission d'intérêt général. Mais la prolifération de ce type d'organismes a provoqué de nombreuses difficultés dans leur *analyse juridique,* tant la diversité de leurs fonctions et de leurs statuts est grande. D'ailleurs l'inventaire complet des établissements publics n'a jamais pu être établi, et, chaque année des dizaines de créations interviennent sans parler des nombreuses réformes apportées aux établissements mis en place depuis le XIXe siècle.

En partant de *données empiriques,* on peut plus aisément comprendre les éléments de la notion d'établissement public et apprécier l'utilité et l'utilisation de ce genre d'institutions. La présentation, par une *étude de cas,* de quelques grands établissements publics nationaux, puis des établissements publics locaux, enfin de la catégorie très spécifique que constituent les établissements publics territoriaux, montre la polyvalence de la formule et la souplesse de son adaptation aux besoins de la gestion administrative (Section 1). La *théorie de l'établissement public* apparaît, en conséquence, comme relativement floue et incertaine. Le caractère de personne publique est certes une donnée fondamentale et déterminante. Mais aux incertitudes relatives à la définition même de l'établissement public, s'ajoute la complexité d'un régime juridique très hétérogène (Section 2).

Section 1
Quelques exemples d'établissements publics

Les établissements publics gèrent des activités nombreuses et diverses : aux activités qualifiées d'administratives se sont ajoutées celles qui sont de nature industrielle et commerciale, ce qui a conduit à distinguer très globalement (en dépit des incertitudes de cette distinction) deux grandes sortes d'établissements publics que l'on peut illustrer par quelques exemples.

Les **établissements publics administratifs** (EPA) se trouvent principalement dans le domaine des activités économiques (les chambres de commerce et d'industrie, les chambres des métiers, les chambres d'agriculture), dans le domaine social et sanitaire (l'Agence nationale pour l'emploi, les caisses nationales de Sécurité sociale, les centres communaux d'action sociale, les hôpitaux, les trois Agences françaises de sécurité

sanitaire [1], l'Établissement français du sang), dans le domaine éducatif et culturel (les collèges, les lycées, les universités, le Collège de France, l'École nationale d'administration — ENA —, le Centre national de la recherche scientifique — CNRS —, et divers musées, comme le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou, familièrement nommé « Centre Beaubourg »).

Sont des **établissements publics industriels et commerciaux** (EPIC), notamment, la Régie autonome des transports parisiens (RATP), la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), le Centre national d'études spatiales (CNES), le Commissariat à l'énergie atomique (CEA), le bureau de recherches géologiques et minières (BRGM), l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, ou encore la Comédie française et le domaine national de Chambord.

§ 1. Établissements publics nationaux

Les **universités, l'École nationale d'administration, Électricité de France (entre 1946 et 2004),** ces trois exemples d'établissements très différents permettent d'apprécier la diversité du contenu concret de la qualification d'établissement public.

A. Les universités

I. Historique

Avant 1968, l'Université était constituée par le groupement des divers établissements d'enseignement supérieur implantés dans une académie (c'est-à-dire dans la circonscription confiée au recteur). En réalité, elle n'avait guère d'importance et l'essentiel des structures administratives fonctionnait au niveau des cinq facultés (droit et sciences économiques, lettres et sciences humaines, sciences, médecine, pharmacie).

À la suite de la crise de mai 1968, fut adoptée la loi du 12 novembre 1968 dite loi d'orientation de l'enseignement supérieur et souvent appelée loi Edgar Faure, du nom du ministre de l'Éducation nationale qui la présenta et la défendit devant le Parlement. Ce texte avait l'ambition de rénover l'enseignement supérieur en mettant en œuvre les trois principes de la pluridisciplinarité, de la participation et, enfin, de l'autonomie [2]. Les anciennes facultés disparaissaient purement et simplement et l'institution fondamentale était désormais *l'université,* définie à l'article 3 comme un *« établissement public à caractère scientifique et culturel »,* jouissant de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Chaque université regroupait des unités d'enseignement et de recherche (UER). La loi prévoyait que ces établissements publics déterminaient eux-mêmes leurs statuts et leurs structures internes (art. 11) sous réserve, toutefois, de respecter un certain nombre de dispositions. Ils étaient administrés par un conseil élu, et dirigés par un président lui-même élu par ce conseil (art. 12). Les conseils étaient composés, dans un esprit de participation, de représentants des enseignants, des autres personnels et des étudiants, mais ils devaient aussi comprendre des « personnalités extérieures » choisies en raison de leur compétence.

---

1. L'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, celle des produits de santé et celle de l'environnement et du travail.
2. V. A. de Laubadère, « La loi d'orientation de l'enseignement supérieur et l'autonomie des Universités », *AJDA* 1968.611.

Le président était élu pour cinq ans et n'était pas immédiatement rééligible ; il devait s'agir, en principe, d'un professeur titulaire.

Quant aux ressources, elles étaient énumérées à l'article 26 (équipements, personnels et crédits affectés par l'État, et, en outre, legs, donations, fondations, rémunérations de services d'enseignement ou de recherches, fonds de concours, subventions diverses). Il était prévu que chaque établissement votait son budget (art. 29).

En 1984 on comptait 78 universités ou établissements assimilés, et près de 800 unités d'enseignement et de recherche.

II. La loi du 26 janvier 1984

Divers textes ont modifié la loi de 1968. En particulier, la loi du 9 novembre 1980 dite « loi Sauvage » (du nom de son rapporteur au Sénat) tendait à redonner une importance plus grande au pouvoir des professeurs. Après le changement de majorité de 1981, cette loi a été abrogée et la préparation d'une réforme a été entreprise. Elle a abouti avec la loi du 26 janvier 1984 [1]. Cette loi énonce les missions du service public et les principes relatifs aux formations supérieures ; elle fixe les règles constitutives des **établissements publics à caractères scientifique, culturel et professionnel** (qui constituent une *catégorie d'établissements publics* au sens de l'article 34 de la Constitution).

a) Un service public

Le **service public de l'enseignement supérieur** regroupe l'ensemble des formations post-secondaires. Une profonde convergence est ainsi reconnue dans les fonctions des universités, des écoles, des grands établissements, des instituts, des écoles françaises à l'étranger. Comme le souligne l'article 2 de la loi, ce service public contribue au développement de la recherche, à l'élévation du niveau scientifique, culturel et professionnel de la nation, à la croissance économique, à la réduction des inégalités sociales et culturelles, etc. Les missions de service public sont définies à l'article 4 : il s'agit de la formation initiale et continue, de la recherche ainsi que de sa valorisation, de la diffusion de la culture et de l'information scientifique et technique, de la coopération internationale.

Les principes ainsi énoncés visent à préserver à la fois la diversité, la cohérence et les possibilités d'adaptation de l'enseignement supérieur.

La loi détermine les principes fondamentaux applicables à l'ensemble des formations qui relèvent de l'autorité ou du contrôle du ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche. Pour ces formations, au déroulement des

---

1. Loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur (*JO* 27 janv. 1984) ; CC 20 janv. 1984, *AJDA* 1984.161, note J. Boulouis (*Code de l'éducation*, commenté par C. Durand-Prinborgne et A. Legrand, Litec, 2[e] éd., 2006). Plusieurs projets d'abrogation ou de modification de cette loi ont été élaborés sans aboutir. Ainsi un texte adopté en 1993 prévoyant d'importantes dérogations a été déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 28 juillet 1993 (*JO* 30 juill. 1993) : « en autorisant [...] le pouvoir réglementaire ou les établissements publics concernés à déroger aux règles constitutives qu'il a fixées et l'autorité ministérielle à s'opposer à de telles dérogations ou à y mettre fin, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution en matière de création de catégories d'établissements publics et n'a pas assorti de garanties légales les principes de caractère constitutionnel que constituent la liberté et l'indépendance des enseignants chercheurs ».

études initialement organisé en 3 cycles, a été progressivement substitué ces dernières années un schéma licence-master-doctorat (LMD).

b) Des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel

Il s'agit des universités, des Écoles normales supérieures, des grands établissements (comme l'Institut d'études politiques de Paris ou, depuis un décret du 26 février 2004, l'Université Paris-Dauphine), des écoles françaises à l'étranger, etc. (art. 24).

La **communauté universitaire** rassemble les usagers du service public ainsi que les personnels qui assurent le fonctionnement des établissements et participent à l'accomplissement des missions de ceux-ci (art. 49). Elle désigne, par voie d'élection, les responsables de l'établissement.

Le **président** de l'université par ses décisions, le **conseil d'administration** par ses délibérations, le **conseil scientifique** ainsi que le **conseil des études et de la vie universitaire** par leurs propositions, leurs avis et leurs vœux, assurent l'administration de l'université (art. 26).

Ces établissements disposent de l'autonomie pédagogique et scientifique, administrative et financière (art. 20). Pour exercer leurs missions, ils définissent leur politique de formation, de recherche et de documentation dans le cadre de la réglementation nationale et dans le respect de leurs engagements contractuels.

Leurs activités peuvent faire l'objet de **contrats d'établissements pluriannuels** passés avec l'État dans le cadre de la *carte des formations supérieures* définie à l'article 19. Ces contrats fixent certaines obligations des établissements et prévoient les moyens et emplois correspondants pouvant être mis à leur disposition par l'État dans les limites prévues par la loi de finances.

Dans le cadre des missions qui leur sont dévolues par la loi et, afin de faire connaître leurs réalisations, tant sur le plan national qu'international, ces établissements peuvent assurer, par voie de convention, des *prestations de service* à titre onéreux, exploiter des *brevets* et *licences,* commercialiser les produits de leurs activités et, dans la limite des ressources disponibles dégagées par ces activités, prendre des *participations* et créer des *filiales* dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.

La **tutelle** sur ces établissements est exercée principalement par le recteur d'académie qui représente le ministre de l'Éducation nationale et, en cette qualité, reçoit le titre de chancelier des universités. Le pouvoir d'annulation des décisions irrégulières a été transféré au tribunal administratif, saisi par le recteur. Mais celui-ci peut suspendre (pour 3 mois) les actes « de nature à porter gravement atteinte au fonctionnement de l'établissement ». En outre, le ministre peut, en cas de difficulté grave, prendre à titre exceptionnel « toutes dispositions imposées par les circonstances ». En matière financière, la tutelle est à la fois plus complexe et plus stricte, et les ressources des établissements proviennent en grande partie de l'État.

Par ailleurs, dans la mesure où la loi accroît la responsabilité de ces établissements ainsi que leurs capacités d'action et permet le développement de politiques décentralisées, elle prévoit, en contrepartie, une évaluation systématique des activités d'enseignement et de recherche par une instance autonome : le Comité national d'évaluation des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (art. 65). Dès 1989, le législateur

a qualifié cette instance *d'autorité administrative indépendante*. Il l'a remplacée en 2006, par une **Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur** aux compétences élargies [1].

B. L'École nationale d'administration

L'École nationale d'administration a été instituée par une ordonnance du 9 octobre 1945.

Deux objectifs principaux expliquaient sa création :

– améliorer la formation des fonctionnaires supérieurs de l'État, qui paraissait trop exclusivement juridique ou littéraire et qui demeurait très théorique ; autrement dit, faire une grande place aux sciences économiques et sociales et organiser une préparation plus directe à l'exercice de la profession d'administrateur des services publics ;

– rénover le mode de recrutement des hauts fonctionnaires en unifiant les critères de sélection de façon à atténuer le cloisonnement qui séparait antérieurement les ministères et les corps (du fait de l'existence de concours distincts pour chacun d'eux).

Ainsi, pour résoudre les problèmes très complexes du recrutement et de la formation des cadres supérieurs de la fonction publique, la France a choisi une solution qui est traditionnelle dans ce pays : la création d'une **grande école** (comme les Écoles normales supérieures, l'École polytechnique, l'École nationale des ponts et chaussées, etc.).

Un décret du 10 janvier 2002 a opéré une fusion entre l'ENA et L'IIAP (Institut international d'administration publique). Par suite, l'ENA, tout en assurant la formation des cadres supérieurs de l'État, a aussi pour mission de développer la recherche et la coopération européenne et internationale dans le domaine de l'administration publique.

I. L'organisation de l'école

L'ENA est un **établissement public** qui fut rattaché directement à la présidence du Conseil lors de sa création et qui relève aujourd'hui du Premier ministre, le ministre de la Fonction publique exerçant par délégation ses attributions (elle ne relève aucunement du ministère de l'Éducation nationale).

L'École, dont le siège est à Strasbourg, est administrée par un *conseil d'administration* présidé par le vice-président du Conseil d'État et par un *directeur* nommé par décret. Le directeur de l'École est assisté par un secrétaire général et par quatre directeurs (directeur des études ; des stages ; de la formation permanente et de la recherche ; des relations internationales).

L'**autorité de tutelle** de cet établissement public est le Premier ministre qui dispose à ce titre de compétences importantes.

Toutefois le principe général en matière de tutelle est que celle-ci ne peut s'exercer que dans les conditions fixées par les textes relatifs à chaque établissement. Le Conseil d'État

---

1. Loi de programme du 18 avril 2006 pour la recherche (*JO* 19 avr. 2006). V. aussi : Y. Jegouzo, « Le gouvernement de l'Université », *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 377 ; P. Gérard, « Le recteur d'académie », *AJDA* 1996.836.

a fait application de ce principe en annulant la décision de 1991 du Premier ministre de transférer le siège de l'École à Strasbourg : les textes ne donnaient pas au Premier ministre en qualité d'autorité de tutelle compétence pour prendre une telle décision [1].

II. Le recrutement et la formation des élèves

– Le recrutement des élèves se fait (mis à part les stagiaires étrangers) par voie de **concours.** Depuis la création de l'ENA existe un *recrutement externe,* au bénéfice des étudiants titulaires de diplômes universitaires, et un *recrutement interne,* au bénéfice des agents publics justifiant d'une certaine ancienneté. Cette dualité de recrutement exprime la volonté d'assurer une promotion sociale à l'intérieur de la fonction publique et une démocratisation du recrutement des agents supérieurs.

La volonté d'ouvrir plus largement l'accès à l'École a conduit à la création d'un *troisième concours.* Mais celui-ci a connu une histoire mouvementée. Une loi de 1983 avait institué un concours ouvert à des candidats déterminés en fonction de leur expérience et non de leurs diplômes (élus locaux, responsables syndicaux, administrateurs d'association, etc.). En 1986, cette tentative de diversification du recrutement a été supprimée. Puis, avec l'alternance politique, un nouveau texte a été adopté en 1990 : un troisième concours est ouvert « aux personnes justifiant de l'exercice, durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, ou d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ». Le même texte précise que « la durée de ces activités ou mandats ne peut être prise en compte que si les intéressés n'avaient pas, lorsqu'ils les exerçaient, la qualité de fonctionnaire, de magistrat, de militaire ou d'agent public ». Enfin, il prévoit un cycle de préparation pour les candidats remplissant les conditions précédemment indiquées, et dûment sélectionnés ; en cas d'échec au concours de l'ENA, les élèves de ce cycle ont le droit, pendant deux ans, de se présenter à divers autres concours de recrutements de catégorie A de la fonction publique d'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière [2].

– L'ENA est une **école d'application.** La formation est donc orientée aussi nettement que possible vers la future *activité professionnelle.* Les élèves sont *fonctionnaires* (ceux recrutés par le concours externe sont fonctionnaires stagiaires). La scolarité dure deux ans. Elle « constitue une formation alternée entre études et stages » [3] (dans des administrations ou des entreprises, en France ou à l'étranger...). Les études portent sur les techniques de la vie administrative ; elles se veulent concrètes ; elles reposent sur des travaux de groupe (séminaires), sur des études de dossiers (méthode des cas) et comportent peu de cours magistraux [4].

---

1. CE 4 juin 1993, *Association des anciens élèves de l'ENA*, conclusions R. Schwartz, *RFDA* 1993.657 (Cette annulation pour cause d'« illégalité externe » n'a pas empêché la décision d'être ultérieurement confirmée).
2. Loi du 2 janvier 1990 relative à la création d'un troisième concours d'entrée à l'ENA (*JO* 4 janv. 1990).
3. V. le décret du 30 décembre 2005 modifiant le décret du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'École nationale d'administration (*JO* 31 déc. 2005).
4. Les élèves de la promotion 1996-1998, dans une lettre ouverte au Premier ministre, ont cependant critiqué le « formalisme étroit des enseignements », une « prétention à l'encyclopédisme administratif, par la multiplication abusive des disciplines enseignées au détriment de l'approfondissement des contenus » (*Le Monde* 2 avr. 1997).

– *L'ENA bénéficie d'un monopole pour le recrutement initial de certains corps :* le Conseil d'État et le corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, la Cour des comptes, le corps diplomatique, l'Inspection générale des finances... Bien entendu, le monopole ne porte pas préjudice aux dispositions permettant l'accès à ces corps par les « tours extérieurs » : par exemple, tous les auditeurs du Conseil d'État sortent de l'ENA mais des personnalités qui ne sont pas anciens élèves de cette institution peuvent être nommés directement maîtres des requêtes ou conseillers d'État.

– *L'ENA, contrairement aux universités, pourvoit donc à des emplois.* À la fin de leur scolarité, les élèves choisissent, dans l'ordre de classement, la carrière à laquelle ils se destinent, et l'Administration est tenue de respecter leur volonté. Traditionnellement, les premiers se dirigent vers le Conseil d'État, l'Inspection des finances et la Cour des comptes. En 1972, pour la première fois depuis longtemps, l'ordre habituel n'a pas été respecté. L'importance de cet événement (assez abondamment commenté par la presse) a été discutée. Certains ont cru y voir l'ébauche d'un important changement dans les mœurs administratives remettant en question le caractère aristocratique des « grands corps » ; d'autres ont pensé qu'il ne s'agissait que d'un moment de mauvaise humeur de jeunes « contestataires ». L'attitude des promotions suivantes semble bien avoir donné raison à cette seconde interprétation.

Institution prestigieuse, l'ENA n'en est pas moins controversée, et des projets de transformation radicale voire de suppression sont périodiquement évoqués [1]. Pour l'heure, et indépendamment de l'ouverture sur l'Europe, il faut surtout noter un rapprochement avec l'Institut national des études territoriales (**INET**) qui, lui aussi à Strasbourg, forme les *administrateurs territoriaux*. A défaut d'ouvrir la voie à une unification – souhaitée par certains [2] – de la haute fonction publique, devraient se développer des modules de formation communs.

C. Électricité de France (1946-2004)

Il n'y a plus depuis 2004 d'établissement public EDF mais une société qui forme avec un réseau de filiales implantées en Europe et dans le reste du monde le groupe EDF. Toutefois, EDF a longtemps été le type même de l'établissement public industriel et commercial et sa transformation en société en fait plus que jamais l'un des symboles de ce qu'a été et tend à devenir l'intervention de l'État. À travers cet exemple, qui n'est pas isolé, l'on voit tout à la fois ce qu'ont pu être à une certaine époque les EPIC et ce qui aujourd'hui paraît contraindre à en faire plutôt des sociétés commerciales.

Électricité de France avait été créé par une loi du 8 avril 1946 dite « loi sur la nationalisation de l'électricité et du gaz » qui décidait : « À partir de la promulgation de la présente loi, sont nationalisés : la production, le transport, la distribution, l'importation

---

1. La bibliographie concernant l'ENA est très étendue. On pourra consulter, notamment, J.-L. Bodiguel et M.-C. Kessler, *L'École nationale d'administration* (2 tomes), Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1978 ; P. Milloz et le club Nouvelle Frontière, *Faut-il normaliser l'ENA* ?, Economica, 1987 (préface de J. Charbonnel) ; J.-M. Gaillard, *L'ENA miroir de l'État,* Éd. Complexe, 1995 ; *Pouvoirs*, 1997, n° 80, L'ENA (dir. O. Duhamel) ; P. Legendre, *Miroir d'une Nation. L'École nationale d'Administration*, Mille et une Nuits/Arte, n° 249, 1999.

2. V. J.-F. Kesler, *Les hauts fonctionnaires, la politique et l'argent*, Albin Michel, 2006, p. 283.

et l'exportation d'électricité. La gestion des entreprises nationalisées est confiée à un **établissement public national de caractère industriel et commercial** dénommé Électricité de France (EDF), service national. » Diverses entités de production et de distribution étaient restées exclues de la nationalisation et, en conséquence, EDF ne possédait pas l'entier monopole de la production d'électricité et de sa distribution. Le phénomène était surtout notable en matière de production puisque la part de la production « autonome » était d'environ 10 %. Mais celle-ci était soumise à une réglementation précise et les installations étaient presque toutes raccordées au réseau public.

L'établissement public EDF était doté de l'*autonomie financière* ainsi que de l'indépendance technique et commerciale. La gestion financière et comptable était effectuée selon les *règles en usage dans les sociétés privées*. Elle devait, d'après la loi, être « conduite de manière à faire face à toutes les charges d'exploitation, de capital et d'investissement ».

L'utilisation de la formule de l'établissement public n'est pas étonnante en soi. Ce qui est original, c'est la superposition de ce mode de gestion des services publics avec celui de la *concession*. En effet, il y a eu transfert des anciennes concessions d'électricité à EDF et le cadre législatif et réglementaire relatif à ces concessions a été appliqué à l'établissement public. Il y avait donc concession d'un service public à une personne publique, et non plus comme dans la pratique antérieure à une personne privée.

Les textes prévoyaient que la responsabilité de la gestion de l'établissement relevait d'un *conseil d'administration,* qui définissait la politique générale d'EDF en tenant compte des orientations données par les pouvoirs publics. En application de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, ce conseil comprenait 18 membres nommés pour cinq ans par décret pris sur le rapport du ministre de l'Énergie : six représentants de l'État, six personnalités (une représentant les consommateurs, deux les collectivités territoriales, trois enfin choisies en raison de leurs compétences ou de leur connaissance des activités de l'entreprise) et six représentants des salariés élus par ces derniers. Le *président* du conseil d'administration était nommé par décret ; il était choisi parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci. Un *directeur général* était nommé par décret sur proposition du conseil d'administration. Il tenait ses pouvoirs de la délégation qui lui était faite par le président. Il exerçait ses responsabilités et son autorité sur l'ensemble des services d'EDF.

Le personnel d'EDF (environ 117 000 personnes, en 1996) était dans une situation juridique de droit privé, comme c'est le cas, sauf exception, pour tous les établissements publics à caractère industriel et commercial. Mais ce personnel disposait d'un statut, prévu par la loi de nationalisation et organisé par décret.

EDF a conclu sur le fondement de la loi du 28 juillet 1982 des **contrats de plan** avec l'État (comme la quasi-totalité des entreprises publiques industrielles). Ces contrats, conclus pour une période de 4 ans, fixaient à l'entreprise une série d'objectifs en la laissant libre de la gestion.

Si l'entreprise s'est ainsi considérablement développée, son quasi-monopole n'a pu qu'être remis en cause, dans les années 1990, quand a été menée une **politique générale d'ouverture à la concurrence**, dans le cadre de la Communauté européenne. Tout comme elle l'a fait dans d'autres secteurs, comme, par exemple, les télécommunications, la Commission européenne, s'est préoccupée de réaménager les systèmes de production,

exploitation, distribution de l'électricité et du gaz, afin de développer les échanges dans le « marché intérieur ». En 1996, une directive a programmé une ouverture progressive à la concurrence de l'électricité, tout en affirmant préserver l'idée de service public. Les États devaient harmoniser leur législation afin de permettre aux consommateurs importants de se fournir auprès du producteur de leur choix, à partir de février 1999. C'est avec un an de retard que la France a transposé la directive et réformé la loi de 1946. La **loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité** applique d'ailleurs *« a minima »* la directive. Elle valorise le service public (comme son titre le montre), elle limite l'*ouverture à la concurrence* pour la production d'électricité (qui peut être achetée par des « clients éligibles », c'est-à-dire des entreprises ayant une consommation importante) — 30 % du marché est concerné ; enfin elle préserve EDF en lui laissant un rôle essentiel. En effet, l'établissement public reste le principal responsable de l'exécution du service public (notamment pour tous les clients « non-éligibles »), et il a le monopole de la gestion du réseau de transport de l'électricité. Ce dernier point a soulevé des difficultés car l'exigence de transparence dans la concurrence semblait devoir nécessiter une séparation entre le gestionnaire du réseau et les opérateurs qui l'utilisent. Finalement la loi se contente d'organiser une séparation au sein même d'EDF : le service gestionnaire du réseau est indépendant des autres activités. Conformément à la directive, la loi crée encore une instance de régulation, la *Commission de régulation de l'électricité*. C'est une autorité administrative indépendante chargée de statuer sur des litiges et dotée d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir de sanction [1].

De nouvelles directives du 26 juin 2003 ont renforcé l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité : en juillet 2004, il devait y avoir ouverture totale à la concurrence pour l'approvisionnement de tous les clients professionnels, et, en ce qui concerne les particuliers, la concurrence était programmée pour juillet 2007. Fallait-il accompagner cette évolution d'un changement de statut d'EDF (et de GDF) ? Cela a été, et reste, discuté. Il est vrai que Commission européenne a particulièrement contesté le statut d'établissement public d'EDF, estimant qu'il lui procure des conditions de financement trop favorables par rapport aux concurrents privés. De son côté, le président d'EDF lui-même a souhaité ce changement afin de ne plus être contraint par le principe de spécialité (qui gouverne tous les établissements publics) : le renforcement de la compétitivité dans la concurrence nécessitait, selon lui, de diversifier les activités d'une manière incompatible avec le statut d'établissement public. En tout état de cause, le changement a été réalisé par la **loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières** [2]. Selon l'article 24 de cette loi : « Électricité de France et Gaz de France sont transformés en sociétés dont l'État détient plus de 70 % du capital » [3]. Quant aux réseaux de transport de l'électricité et du

---

1. Loi du 10 février 2000 (*JO* 11 févr. 2000) ; comm. L. Richer, *AJDA* 2000.239, *CJEG* 2002.27. Suite à la loi du 3 janvier 2003 transposant, pour l'essentiel, une directive concernant le marché du gaz, cette commission de régulation de l'électricité, désormais chargée aussi de la régulation du marché du gaz, est devenue la *commission de régulation de l'énergie*.

2. *JO* 11 août 2004, comm. L. Richer, *AJDA* 2004.2094.

3. En 1996, *France Telecom*, dont le capital depuis n'est plus majoritairement public (v., *infra*, p. 318), avait connu la même évolution. Plus récemment, la loi du 30 avril 2005 relative aux aéroports a aussi prévu la transformation d'*aéroports de Paris* en société dont « la majorité du capital est détenue par l'État » – Et GDF a cherché à diversifier ses activités... notamment dans le domaine de l'électricité ! C'est ainsi que, fin juin 2006, le Conseil des ministres a adopté un projet de loi destiné à permettre à l'État de réduire sa

gaz, ils sont désormais gérés par des filiales (RTE EDF Transport, Gaz de France Réseau Transport) alors que les réseaux de distribution le sont toujours par des services internes.

§ 2. ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX

Ce sont des établissements qui n'ont en commun qu'un seul caractère : ils ne sont pas nationaux mais rattachés à une collectivité décentralisée. Communaux, départementaux ou régionaux, ils sont plusieurs milliers et leurs situations sont extrêmement variables, du fait, notamment, de l'enchevêtrement en ce qui les concerne des compétences de l'État et de celles des collectivités infra-étatiques.

Des exemples nombreux pourraient illustrer cette diversité (lycées et collèges, hôpitaux, offices publics d'HLM, caisses de crédit municipal, etc.) mais, par leur histoire, deux cas retiennent tout spécialement l'attention : celui des **caisses des écoles** et celui des **centres communaux d'action sociale.**

A. Les caisses des écoles

Le juriste les connaît surtout à travers une affaire contentieuse [1] rendue célèbre par une note de Maurice Hauriou qui évoque la nécessité et la fécondité de « la collaboration des pouvoirs administratifs et de l'initiative privée ». Cette bienfaisante coopération peut s'exprimer dans le fonctionnement des *caisses des écoles* dont l'origine se trouve dans une loi de 1867 : « Une délibération du conseil municipal, approuvée par le préfet, peut créer, dans toute commune, une caisse des écoles, destinée à encourager et à faciliter la fréquentation de l'école par des récompenses aux élèves assidus et par des secours aux élèves indigents », à l'aide, à la fois de cotisations volontaires des particuliers et de subventions publiques.

Ces caisses sont des *établissements publics,* affirme le Conseil d'État. Leur création est devenue obligatoire dès 1882 mais elles peuvent aujourd'hui être dissoutes par le conseil municipal (lorsqu'elles n'ont procédé à aucune opération de dépenses ou de recettes pendant trois ans) [2].

B. Les centres communaux (ou intercommunaux) d'action sociale

En 1986 [3], ces centres ont succédé aux *bureaux d'aide sociale* qui résultaient eux-mêmes de la fusion des bureaux de bienfaisance et des bureaux d'assistance, réalisée en 1953 et 1955 dans le cadre de la généralisation de la *sécurité sociale.*

Les centres ont pour mission générale d'améliorer le sort des habitants de la commune les plus défavorisés. Ils accordent des **aides** diverses et ils peuvent créer et gérer des

---

part dans le capital de la nouvelle société gazière (pour le faire passer, a-t-on dit alors, de 70 % à 34 %) et permettre sa fusion avec le groupe Suez...

1. CE 22 mai 1903, *Caisse des écoles du VIe arrondissement de Paris, Fourcade, Dareste et autres*, *S.* 1905.3.33, concl. J. Romieu, note M. Hauriou.
2. Article L. 212-10 du Code de l'éducation, tel qu'il résulte de la loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (*JO* 18 juill. 2001).
3. V. M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, Montchrestien, Domat-droit public, 6e éd., 2006, n° 115 ; art. L.123-4 et s. du Code de l'action sociale et des familles.

organismes destinés à soulager les détresses, à faciliter la vie familiale, à permettre la promotion sociale (crèches, cantines, dispensaires, foyers, ateliers, cours, maisons de retraite, etc.). Ils comportent un *conseil d'administration* présidé par le maire de la commune (ou le président de l'EPCI), qui comprend des membres élus par le conseil municipal (ou l'organe délibérant de l'EPCI) et des membres nommés par son président.

§ 3. Établissements publics de coopération intercommunale

Le procédé de l'établissement public a été utilisé depuis longtemps pour réaliser des groupements fonctionnels de communes. C'est aussi avec un statut d'établissement public que les régions ont d'abord été dotées en 1972 de la personnalité morale. Si elles sont maintenant devenues des collectivités territoriales en application de la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation, la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République prévoit une *coopération interrégionale* sous la forme d'établissements publics dénommés « ententes interrégionales », associant deux, trois ou quatre régions limitrophes. Créés par décret en Conseil d'État, sur délibérations concordantes des conseils régionaux et après avis des conseils économiques et sociaux régionaux, ces établissements publics exercent, à la place des régions membres, les compétences qui leur sont attribuées par celles-ci et énumérées dans la décision institutive. Les départements, de leur côté, ne sont pas en reste et la même loi de 1992 n'ignore pas la *coopération interdépartementale* [1].

Ces *établissements publics territoriaux* sont des institutions hybrides : elles sont en effet identifiées à la fois par un critère géographique comme les collectivités territoriales et par un critère de spécialisation fonctionnelle comme les établissements publics. L'intérêt de la formule est d'abord de permettre l'institution de nouveaux groupements destinés à gérer une ou plusieurs activités [2] sans créer de nouvelles collectivités territoriales qui seraient nécessairement soumises aux dispositions contraignantes de la Constitution. Il est ensuite et surtout de remédier au morcellement des collectivités sans toucher aux structures existantes et donc sans s'aventurer dans des recompositions qui ne manqueraient pas, aussi justifiées soient-elles, de susciter de fortes oppositions.

Les **établissements publics de coopération intercommunale** [3] ont connu, au cours de la deuxième moitié du XXe siècle une évolution continue et complexe, marquée par des réformes successives (A). Les structures actuelles de regroupement de communes résultent d'une réforme intervenue en 1999 dans le but de simplifier la coopération intercommunale tout en la renforçant (B).

---

1. Sur les institutions interdépartementales, v. les articles 5421-1 et suivants du CGCT. Il existe d'autres établissements publics territoriaux : par exemple, les *syndicats mixtes* qui peuvent associer des collectivités territoriales, des groupements de collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public (CGCT, art. L. 5721-2 et s.).
Depuis une loi du 4 janvier 2002 (CGCT, art. L. 1431-1 et s.), s'ajoutent les *établissements publics de coopération culturelle* constitués par les collectivités territoriales et leurs groupement avec l'État, pour gérer un service public culturel présentant un intérêt pour chacune des personnes morales en cause – N'ayant connu qu'un succès limité (v. D. Guillard, *AJDA* 2006.183), ils ont été réformés par une loi du 22 juin 2006 (*JO* 23 juin 2006).
2. Toutefois, à la différence des établissements publics classiques, les établissements publics territoriaux ne gèrent pas toujours eux-mêmes les activités qui entrent dans leurs compétences : comme les collectivités elles-mêmes ils peuvent choisir le mode de gestion (notamment la délégation de service public à une entreprise).
3. CGCT, 5[e] partie (La coopération locale), art. L. 5111-1 et s.

A. L’évolution de l’intercommunalité

La multiplication des formules d’établissement public de coopération intercommunale (EPCI) s’est accompagnée de réformes diverses concernant les règles applicables.

Ces dispositions législatives successives révèlent bien le problème essentiel des regroupements qui est de parvenir à concilier la souplesse inhérente à ces formules (par opposition aux fusions de communes) avec l’efficacité nécessitant une stabilité. Dans l’objectif de développer la coopération, les pouvoirs publics sont donc amenés à procéder à des ajustements tendant soit à renforcer la stabilité, soit à attirer davantage de communes vers les groupements en introduisant plus de liberté. L’une des questions les plus délicates est celle des *conditions dans lesquelles une commune peut se retirer* d’un groupement et des *possibilités de dissolution*. Il est certain que l’accentuation du caractère volontariste de la coopération intercommunale, justifiée par la nécessité de mieux prendre en compte les intérêts spécifiques de chaque commune, s’accompagne d’un risque d’affaiblissement, voire de fragilité du système. Les exigences contradictoires de l’intercommunalité conduisent ainsi à une oscillation constante du dispositif juridique. De 1959 à 1992 cinq formules ont été instituées et retouchées, formant au total un ensemble extrêmement hétérogène.

I. Les syndicats de communes

Ce type de groupement, dans sa formule la plus limitée, est à l’origine de l’histoire de l’intercommunalité. En effet, une loi du 22 mars 1890 avait institué pour la première fois la formule du syndicat, avec le **syndicat intercommunal à vocation unique** (SIVU), destiné à gérer un seul service public. L’intérêt de ce type de regroupement et, en même temps, la nécessité d’introduire plus de souplesse dans les règles, ont amené à l’adoption de nouvelles dispositions. Une ordonnance du 5 janvier 1959 a permis de créer des syndicats polyvalents : les **syndicats intercommunaux à vocation multiple** (SIVOM), pouvant gérer plusieurs services. Elle a introduit la règle de la majorité (se substituant à la règle trop rigide de l’unanimité) dans la constitution et le fonctionnement des syndicats.

Formule souple et ouverte, le syndicat de communes se caractérise par une représentation égalitaire des communes membres, et par le pouvoir laissé à celles-ci de décider des ressources attribuées au syndicat et des compétences qui lui sont déléguées. De plus, de nouvelles possibilités ont été données par la loi du 5 janvier 1988 d’amélioration de la décentralisation : elle institue une formule souple de « syndicat de communes à la carte », en permettant à une commune de n’adhérer à un syndicat que pour une partie seulement des compétences exercées par celui-ci. Une fois les attributions effectuées, une commune membre ne peut toutefois empiéter sur les compétences du syndicat.

La souplesse du syndicat intercommunal explique son assez grand succès : en 1999 on dénombrait environ 14 800 SIVU et 2 160 SIVOM (principalement dans les zones rurales).

II. Les districts

En vertu de l’ordonnance du 5 janvier 1959, les **districts** (appelés alors « districts urbains ») sont des établissements publics groupant les communes d’une même agglomération. L’exode rural et l’urbanisation croissante ont eu pour effet de bouleverser des

équilibres communaux séculaires et de créer un « complexe » entre de grandes villes et des communes-dortoirs de banlieue dont le district urbain devait devenir en quelque sorte le reflet administratif. Mais la technique du district a échoué en ce qui concerne les grandes agglomérations urbaines, alors qu'elle réussissait dans les zones rurales. C'est pourquoi une loi du 31 décembre 1970 fait du district une formule de regroupement s'ouvrant à toutes les catégories de communes (et a donc supprimé le qualificatif « urbain »).

Le district a pour but de remédier au cloisonnement des communes qui font partie d'un même ensemble économique ou géographique. Il réalise une intégration plus forte que le syndicat de communes. En effet, le district exerce des compétences de plein droit (d'autres attributions pouvant être ajoutées selon la volonté des communes) ; il dispose d'une fiscalité propre (prélèvement d'une part des quatre impôts directs locaux) ; enfin, la représentation des communes membres est proportionnelle à leur population.

III. Les communautés urbaines

À la suite de l'échec de la formule du district, pour remédier aux problèmes des agglomérations urbaines, le législateur, avec les **communautés urbaines**, a institué un nouveau type de regroupement qui réalise un « fédéralisme » plus accentué.

La volonté de remédier rapidement aux difficultés de gestion de certaines grandes agglomérations s'est manifestée par la création d'office, dans la loi même du 31 décembre 1966, de quatre communautés urbaines : Bordeaux, Lille, Lyon et Strasbourg. En dehors de ces quatre cas, les communautés sont créées à l'initiative des communes intéressées, à condition qu'il s'agisse d'une agglomération groupant plus de 50 000 habitants (20 000 depuis la loi du 6 février 1992). Huit communautés ont ainsi été constituées volontairement : Dunkerque, Le Creusot-Montceau-les-Mines, Cherbourg, Le Mans, Brest, Nancy, Alençon et Arras.

La communauté urbaine réalise une forte intégration, avec un *large transfert de compétences* : les attributions obligatoires sont nombreuses (en matière d'équipement urbain, de gestion de services publics...) et d'autres attributions peuvent s'ajouter, par un accord unanime des communes membres.

La *question de la représentation des communes membres* a soulevé des difficultés : il s'agit en effet d'assurer la représentation de chaque commune sans aboutir à un organe de communauté pléthorique. Le système a connu des modifications qui l'ont rendu extrêmement complexe. En outre, l'ampleur des tâches assurées par les communautés et surtout les équipements collectifs ont posé de façon aiguë la *question des ressources*. La caractéristique du régime réside dans la création d'une fiscalité communautaire directe (une part des quatre impôts directs locaux). À celle-ci peuvent s'ajouter d'autres ressources d'origine très variée : taxes et redevances, revenus des biens meubles et immeubles, dons et legs, subventions de l'État et des collectivités territoriales. Cependant, cette diversité n'a pas empêché une tendance à l'endettement constant, et des tensions entre les communes participantes, notamment dans les rapports entre la commune-centre et les communes suburbaines. Avec les difficultés nées de l'importance des compétences transférées, on peut voir là la cause du relatif échec rencontré par cette formule de coopération.

IV. Les communautés de communes et les communautés de villes

Ces nouvelles structures créées par la loi du 6 février 1992 relative à l'Administration territoriale de la République sont venues s'ajouter aux précédentes [1]. Les **communautés de communes** concernent l'espace rural ; les **communautés de villes** regroupent des communes d'une agglomération de plus de 20 000 habitants. Elles restent essentiellement fondées sur le volontariat et mettent en avant la nécessaire concertation avec les élus locaux.

L'originalité tient aux compétences, lesquelles sont déterminées selon un même principe dans les deux cas. D'une part, la loi dispose que les communautés exercent de plein droit, à la place des communes membres, les compétences concernant l'aménagement de l'espace et les actions de développement économique. D'autre part, les communautés doivent exercer des compétences relevant d'au moins un des quatre groupes fixés par la loi : protection de l'environnement, politique du logement, voirie (et transports urbains pour les communautés de villes), création et gestion d'équipements culturels, sportifs et éducatifs.

Quant aux ressources, autre nouveauté, la loi opère le transfert du produit de la taxe professionnelle aux communautés de villes (et de façon plus limitée aux communautés de communes qui peuvent choisir entre les régimes suivants : fiscalité propre des communautés de villes, taxe professionnelle de zone dans une zone d'activité économique ou taxe professionnelle communautaire). L'objectif recherché était la diminution des inégalités entre les communes face à cette ressource fiscale très productive.

Communautés de communes et communautés de villes apparaissent malgré tout proches des syndicats et districts auxquels elles tendent à se substituer. La substitution est déjà de plein droit concernant les syndicats et districts existants dans leur périmètre. Et il est prévu que les districts peuvent se transformer en communautés de communes, alors que peuvent devenir communautés de villes, les communautés urbaines et les districts de plus de 20 000 habitants.

La formule des communautés de communes a semblé attractive puisque l'on en comptait plus de 1 300 en 1999. Il faut toutefois noter qu'elles se sont, pour beaucoup, développées en milieu urbain contrairement à la volonté du législateur. La formule des communautés de villes a connu en revanche un relatif échec (en 1997, seules 4 communautés de villes existaient : Aubagne, La Rochelle, Flers, Cambrai). Celui-ci s'explique par le caractère très intégrateur de cette formule mettant en place une fiscalité de substitution avec la taxe professionnelle d'agglomération prélevée à un taux unique (la fiscalité de substitution dans laquelle c'est le groupement qui lève directement l'impôt que ne perçoivent plus les communes membres, du moins directement, s'oppose à la fiscalité de superposition dans laquelle le groupement est financé par un impôt additionnel à l'impôt communal, reposant sur les mêmes bases).

L'**intercommunalité** connaît un *succès croissant*. Elle est aussi en *crise* : les différentes réformes législatives témoignent des difficultés rencontrées.

---

1. V. Y. Jegouzo, « Les communautés de communes et les communautés de villes : révolution, innovation ou redondance ? », *RFDA* 1993.3.

Cette crise de l'intercommunalité se manifeste essentiellement par l'extrême diversité des structures de coopération intercommunale. Il en résulte un manque de lisibilité pour le citoyen qui se cumule avec un déficit démocratique certain. Investies de prérogatives importantes (possibilité de lever directement ou indirectement l'impôt, création et gestion de services publics, participation au développement économique local), les établissements publics de coopération intercommunale souffrent d'un manque de légitimité démocratique d'autant plus dommageable qu'à une intercommunalité de services s'est substituée une intercommunalité de projets où les choix politiques occupent une place importante.

La loi du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire a tenté d'apporter des réponses à cette crise. D'abord, elle prévoit que le gouvernement doit soumettre au Parlement un rapport contenant des propositions sur les modalités permettant de réduire le nombre de catégories de ces établissements et de simplifier leurs régimes juridiques. Ensuite, elle cherche à améliorer la représentation en leur sein des communes membres et renvoie à une loi postérieure le soin de fixer les conditions dans lesquelles les dispositions de la loi PLM (Paris, Lyon, Marseille) pourraient leur être transposées [1]. Enfin, elle favorise la participation des citoyens au développement des projets intercommunaux. D'une part, elle permet l'organisation d'une consultation des électeurs des communes membres d'un EPCI sur les questions d'aménagement relevant de sa compétence. D'autre part, les électeurs (un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales des communes membres) peuvent demander à l'établissement d'organiser une consultation relative à ce type de sujet. — Dans le cadre d'une commune, les électeurs peuvent également demander une consultation sur une opération d'aménagement [2].

En 1997, après le changement de majorité à l'Assemblée nationale, le gouvernement Jospin a entrepris tout à la fois de réformer la loi de 1995 et d'élaborer un nouveau projet de loi sur le développement de l'intercommunalité. La simplification demeure une priorité, de même que l'incitation au développement de la taxe professionnelle unique dans les agglomérations. En revanche, bien qu'il soit question d'apporter quelques remèdes au déficit démocratique en introduisant plus de transparence, l'élection directe des représentants n'est pas retenue.

Cette réforme a été opérée par la *loi du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale* qui constitue une étape décisive dans la réorganisation de l'intercommunalité [3].

---

1. Ce renvoi impliquait, pour l'avenir, la désignation au suffrage universel direct des organes délibérants des groupements (signifiait-il que les communes membres devraient être dotées d'un statut proche de celui de l'arrondissement parisien ?).

2. Concernant ces consultations : *supra*, p. 254.

3. Loi du 12 juillet 1999 (*JO* 13 juill. 1999) ; comm. M. Degoffe, *AJDA* 1999.911 ; et, outre ce qui est cité, *supra*, p. 270 : A. Gruber, « La réforme de la coopération intercommunale : une nouvelle architecture pour l'intercommunalité », *Petites Affiches* févr. 2000, nº 32, 33, 34 et 35 ; *Annuaire 2000 des collectivités locales. La réforme de l'intercommunalité* (diverses contributions), éd. du CNRS, 2001 ; Dossier « actualité de la coopération intercommunale » (sur la répartition des compétences entre communes et EPCI, sur leurs relations financières, sur les biens des EPCI), *AJDA* 2001.807.

B. Les structures actuelles

Le titre même de la loi manifeste les objectifs de la réforme : donner une nouvelle impulsion à l'intercommunalité et remédier à sa complexité. Ainsi la loi tend à clarifier les instruments de coopération, avec le souci de relancer la solidarité intercommunale en milieu urbain ; elle a aussi pour objet d'harmoniser les règles applicables aux divers EPCI, tout en privilégiant les formules les plus fédératives.

a) La volonté de simplification se traduit plus par une réorganisation de l'architecture de la coopération, en accentuant la distinction entre intercommunalité urbaine et intercommunalité rurale, que par une réduction du nombre des formules (deux suppressions s'accompagnant d'une nouvelle création).

La loi maintient les **syndicats intercommunaux**, qui demeurent une forme associative souple, sans fiscalité propre, adaptée aux zones rurales.

De même, les **communautés de communes** sont maintenues et réorientées vers le milieu rural, du moins en principe. Dotées d'une fiscalité propre elles peuvent connaître un régime de fiscalité de superposition (taxes additionnelles aux impôts locaux) ou le régime de la fiscalité de substitution (taxe professionnelle unique).

En revanche, les *districts* et les *communautés de villes* sont **supprimés** (ceux existants sont appelés à se transformer, dans des conditions fixées par la loi, en une autre formule communautaire avant le 1er janvier 2002).

Et, dans le but de relancer la coopération intercommunale en milieu urbain, la loi crée les **communautés d'agglomération,** à fiscalité propre (régime de la taxe professionnelle unique), destinées à s'appliquer aux aires urbaines de plus de 50 000 habitants, comprenant une ville-centre de plus de 15 000 habitants. Cette formule se définit par son objet qui, selon la loi, est d'associer des communes « au sein d'un espace de solidarité en vue d'élaborer et conduire ensemble un projet commun de développement urbain et d'aménagement du territoire ». Sont transférées à la communauté d'agglomération des compétences obligatoires importantes (en matière de développement économique, d'aménagement de l'espace, de politique du logement et d'équilibre social de l'habitat, de politique de la ville).

Par ailleurs, la loi de 1999, tout en maintenant les **communautés urbaines** apporte une réforme en leur redonnant leur vocation initiale de groupement dans de vastes zones urbaines : le principe est de les réserver aux agglomérations de plus de 500 000 habitants (cette condition n'étant pas exigée pour les 12 communautés déjà existantes). Le champ des compétences obligatoires est étendu, et les nouvelles communautés urbaines seront soumises au régime de la taxe professionnelle unique.

b) Si les formules de coopération restent diversifiées, l'extrême hétérogénéité du régime est nettement atténuée. En effet, la loi fixe un tronc commun de règles applicables à tous les EPCI. Elle unifie (dans son chapitre V) les règles générales relatives aux modalités de création, à la désignation des délégués des communes membres et aux conditions d'exercice des mandats, aux organes (organe délibérant, président, bureau) et à leur fonctionnement, et enfin à l'information des communes membres sur l'action de l'EPCI. En outre, pour toutes les « communautés » est posé le principe de la continuité territoriale (elles doivent former un ensemble d'un seul tenant, sans enclave).

Le droit de l'intercommunalité acquiert ainsi une certaine cohérence, et présente une nouvelle dimension à travers plusieurs caractéristiques. L'*autonomisation des ressources* se dessine nettement, avec la promotion de la taxe professionnelle comme impôt intercommunal (ayant vocation à s'appliquer à toutes les formules « communautaires »). La loi porte l'accent sur l'*intercommunalité de projet* : cela s'appuie sur la définition de politiques locales en vue d'assurer le développement cohérent d'un territoire, et implique des compétences obligatoires transférées au groupement plus nombreuses et de nature plus politique. Enfin la loi reprend la notion d'*intérêt communautaire* (déjà utilisée en 1992) en renforçant sa portée. Cet intérêt propre de la structure intercommunale correspond à l'idée de subsidiarité. Lié à l'intercommunalité de projet, il suppose une identité propre de l'action intercommunale dépassant l'addition des intérêts de chaque commune membre [1].

Suite à cette réforme de l'intercommunalité, l'engouement semble incontestable. Au 1er janvier 2005, il y avait 2 525 EPCI à fiscalité propre regroupant 32 311 communes (soit 52 millions d'habitants)[2]. En même temps que le succès, apparaissaient toutefois un certain nombre de problèmes qui ont conduit la Cour des comptes à critiquer une « réforme inachevée » [3] : les « périmètres » de regroupement sont loin d'être rationnels ; les relations financières des communes avec les structures intercommunales sont souvent des plus floues ; l'intérêt communautaire n'est pas toujours défini, et, s'il l'est, il n'y a pas toujours exercice effectif des compétences transférées [4]. Par-delà ces problèmes qui pourraient n'être que conjoncturels, est surtout posée la question du devenir des EPCI [5]. Pourront-ils vraiment continuer à se développer sans un mode d'élection leur permettant de s'imposer véritablement (sans un président élu au suffrage universel) ? Par suite, n'ont-ils pas vocation à constituer une nouvelle catégorie de collectivité territoriale ? La question est d'autant plus complexe qu'elle est tout autant celle du devenir des communes elles-mêmes – et de l'ensemble de la « carte administrative ».

---

1. Sur cette notion d'intérêt communautaire, v. H. Groud, « L'intérêt communautaire au lendemain de la loi Chevènement », *AJDA* 2000.967 ; P.-Y. Monjal, « Les enjeux de la notion « d'intérêt communautaire » ou les faces cachées d'une réforme constitutionnelle décisive pour les EPCI », *AJDA* 2003.1703. Plus généralement : M.-C. Bernard-Gelabert, *L'intercommunalité*, LGDJ, Politiques locales, 5e éd., 2004 ; et sur les apports de la loi du 13 août 2004 : *JCP A* 2005, no 1017 (comm. C. Debouy) et no 1020 (Circ. 15 déc. 2004).

2. Bilan publié sur le site internet du ministère de l'Intérieur : 14 communautés urbaines, 162 communautés d'agglomération, 2 343 communautés de communes et 6 syndicats d'agglomération nouvelle – 47 EPCI s'étaient encore ajoutés au 1er janv. 2006.

3. Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, Rapport public particulier, nov. 2005, éd. des Journaux officiels.

4. La loi du 13 juillet 2005 (loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique) a modifié la loi du 13 août 2004 et porté le délai pour définir l'intérêt communautaire à 2 ans à compter de la publication de cette loi... À défaut (faute donc de définition au 17 août 2006) a dû intervenir par arrêté préfectoral le transfert intégral des compétences prévues par la loi du 13 août 2004.

5. Y. Jegouzo, « Questions à propos de l'intérêt communautaire », *AJDA* 2005.1369 (Tribune). *Regards sur l'actualité*, no 314, oct. 2005,« L'inter-communalité », La Documentation française.

Section 2
Définition et régime juridique des établissements publics

§ 1. La définition de l'établissement public

Pendant longtemps, le problème essentiel consistait à distinguer l'**établissement public** de l'**établissement d'utilité publique,** organisme privé, la qualification retenue entraînant d'importantes conséquences juridiques (A). Actuellement, l'utilisation fréquente à des fins très diverses du procédé a, en quelque sorte, déformé le moule de l'établissement public ; l'appellation recouvre des **organismes très hétéroclites** et la formulation d'une définition rigoureuse est presque impossible (B).

A. Distinction de l'établissement public et de l'établissement reconnu d'utilité publique

Dans une conception traditionnelle, l'établissement public est un mode de gestion des services publics : c'est un « service public personnalisé » (Maurice Hauriou).

La conception actuelle évite de faire ainsi intervenir la notion de service public pour définir l'établissement public. Trois éléments sont alors retenus par les juristes et par la jurisprudence pour le caractériser.

– En premier lieu, l'établissement public est doté de la **personnalité morale,** c'est-à-dire qu'il correspond à un centre d'intérêts individualisé. Il possède un patrimoine (ensemble de biens, de droits et d'obligations) et des organes propres ; son autonomie financière se marque par l'existence d'un budget distinct.

– En second lieu, l'établissement public a pour raison d'être d'assurer une **mission d'intérêt général.** Le plus souvent son activité est une activité de service public. Toutefois il existe des exceptions : un établissement peut avoir une mission de service public tout en exerçant une activité accessoire n'ayant pas cette qualité ; et certains établissements peuvent exercer des missions qui ne sont pas qualifiées de missions de service public [1].

– En troisième lieu, la relative indépendance de l'établissement public a pour rançon sa **spécialité.** Si, en effet, pour des motifs variés, il apparaît opportun de conférer à cet organisme une certaine autonomie, celle-ci ne se justifie et ne s'explique que par rapport au but précis de l'institution : la gestion des intérêts publics qui lui sont confiés.

La différence entre les établissements publics ainsi caractérisés et les établissements reconnus d'utilité publique est simple dans son principe : les premiers sont des **personnes publiques** tandis que les seconds sont des **personnes privées.** En d'autres termes, si ces derniers remplissent bien une fonction d'intérêt général, ce qui explique que l'Administration s'intéresse à leur gestion, qu'elle les aide et les contrôle, ils n'en demeurent pas moins *à l'extérieur de l'appareil d'État* (comme la Croix-Rouge ou l'Institut Pasteur...).

Pour effectuer la distinction, très délicate dans les cas limites, la jurisprudence se fonde essentiellement sur *« l'intention du législateur »* ou, plus généralement, des autorités qui

---

1. Sur cette dissociation entre établissement public et service public : É. Fatôme, « Établissement public et service public », *AJDA* 20 juin 1997, n° spécial, *Le service public,* p. 96.

ont créé l'organisme litigieux ou qui lui ont confié des missions pouvant, éventuellement, modifier sa qualification juridique. La question que se pose le juge est alors la suivante : l'auteur des lois ou des règlements en cause a-t-il voulu donner naissance à une unité administrative nouvelle ou bien a-t-il souhaité éviter cet alourdissement du secteur public en faisant intervenir le secteur privé et en confiant à l'un de ses éléments une mission d'utilité publique ? Deux sortes de méthodes (au demeurant complémentaires) permettent de rechercher la réponse. Souvent, l'*exégèse* suffit : les travaux préparatoires ou l'exposé des motifs fournissent l'interprétation de formules peu explicites. Par exemple, s'agissant des centres régionaux de lutte contre le cancer, le tribunal des conflits note que s'ils « assument une mission de service public et sont soumis par l'ordonnance du 1er octobre 1945 à un ensemble de règles d'organisation et de fonctionnement impliquant un contrôle étroit de l'Administration sur divers aspects de leur activité, il résulte de l'ensemble des dispositions de cette ordonnance rapprochées des termes de l'exposé des motifs, que le législateur a entendu conférer à ces centres le caractère d'établissements privés » [1]. Dans d'autres cas, il est nécessaire de réunir un *faisceau d'indices :* l'origine de l'établissement (si sa création résulte d'une initiative privée, il s'agit probablement d'un établissement d'utilité publique), l'importance du contrôle exercé par les pouvoirs publics (si ce contrôle est particulièrement strict, cela donne à penser que l'établissement est un établissement public), la présence ou l'absence de prérogatives de puissance publique dans les relations avec les divers partenaires, etc. [2] La portée de ces indices est relative dans la mesure où aujourd'hui un assez grand nombre d'organismes privés intervenant dans l'action administrative peuvent présenter ces caractéristiques. Cependant, à cet égard, l'origine des *ressources* de l'établissement est très significative : on imagine mal, en particulier, qu'un organisme dont le financement résulte essentiellement de la *fiscalité* ne soit pas intégré à l'Administration et, par conséquent, ne constitue pas un établissement public proprement dit [3].

B. Crise de l'établissement public

Des organismes nouveaux et très divers ont été créés sous la forme d'établissement public. Il en est résulté une **grande confusion** [4] : ce que la notion a gagné en extension, elle l'a perdu en netteté, comme l'explique le Conseil d'État, dans un rapport de 1971, confirmé en 1985 [5].

D'une part, l'établissement public est une *notion aux frontières imprécises*. « Quand la loi ne prend pas clairement parti sur la nature de l'institution créée, les juristes peuvent

---

1. TC 20 nov. 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer Eugène Marquis c/Docteur Bourguet*, *AJDA* 1962.39. *Adde* : E. Rossini, « L'originalité des Centres de lutte contre le cancer », *RDP* 1997.1255.
2. V. notamment : TC 9 déc. 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, *R.* 731 ; *S.* 1900.3.49, note critique d'Hauriou (« [...] on nous change notre État », écrit Hauriou, déplorant la reconnaissance de la qualité de personnes publiques à des associations syndicales de propriétaires. Ce ne sont que des « organismes économiques » créés dans un « intérêt collectif » : « en faire des membres de l'État, c'est lancer celui-ci dans la voie collectiviste des entreprises économiques »).
3. CE 13 nov. 1959, *Navizet*, concl. Cl. Heumann (particulièrement illustratives de ces raisonnements juridictionnels), *RDP* 1960.1034.
4. R. Drago, *Les crises de la notion d'établissement public* (préface M. Waline), Pedone, 1950.
5. CE, *La réforme des établissements publics,* La Documentation française, 1972 ; CE (Section du rapport et des études), *Les établissements publics nationaux. Catégories et spécificités,* La Documentation française (Notes et études documentaires, nº 4784), 1985.

hésiter et des juridictions différentes peuvent aboutir à des solutions opposées. Ces incertitudes compliquent les relations de droit et donnent lieu à des litiges qu'il serait souhaitable d'éviter ». Il n'est plus guère possible de le définir comme un « service public personnalisé ». Tout au plus est-ce, selon une formule du rapport de 1985 rédigé par François Gazier, « une personne morale de droit public assumant une mission spéciale et disposant pour cela d'une certaine autonomie administrative et financière ». D'autre part, l'établissement public est une *catégorie d'une faible densité juridique*. Les données qui s'y rapportent sont variables, sinon floues : la personnalité juridique donne une capacité plus ou moins étendue, le recours aux règles spécifiques du droit public est lui aussi plus ou moins large, l'intensité du contrôle est variable.

Il est loin le temps où les structures administratives pouvaient être considérées comme un ensemble binaire, où les personnes publiques étaient classées en deux séries vraiment antinomiques, les collectivités territoriales s'opposant aux établissements publics. Les observateurs, et particulièrement les juristes, ne sauraient oublier, par exemple, les *entreprises publiques* dont certaines sont des établissements publics tandis que d'autres sont des sociétés nationales ou des sociétés d'économie mixte.

En 1985, la **SNCF** n'était que depuis peu un établissement public : « La loi du 30 décembre 1982, observait le Conseil d'État, qui a fait de cette société d'économie mixte un établissement public industriel et commercial, a pris grand soin de lui maintenir les avantages et les souplesses de la gestion commerciale dont elle bénéficiait sous son régime antérieur et d'écarter les quelques sujétions inhérentes au statut de personne morale de droit public qui pourraient gêner son fonctionnement, telle notamment l'interdiction de transiger. De sorte qu'on a pu dire que la SNCF a embrassé le statut d'établissement public en en retenant tous les avantages et en en excluant toutes les contraintes, l'opération ayant, en outre, la signification psychologique de la réintégration d'un grand service public sous le drapeau des personnes morales de droit public ». Aujourd'hui, la SNCF figure plutôt sur la liste des établissements publics à transformer en société, au motif que son statut serait trop contraignant [1]. Il n'est pas sûr toutefois que les lois récentes clarifient beaucoup les choses. Si quelques grands établissements publics nationaux sont effectivement déjà devenus des sociétés, beaucoup d'établissements publics industriels et commerciaux continuent, par ailleurs, de se créer, dans un désordre qui n'a probablement rien à envier à celui des années 1980.

Toujours en 1985, il y avait déjà matière à s'interroger sur les **autorités administratives indépendantes**, bien que celles-ci soient, à vrai dire, très différentes des établissements publics. Sous ce vocable, écrivait le Conseil d'État, « se regroupent diverses institutions apparues en France depuis quelques décennies, qui sont appelées à intervenir au sein de l'Administration et à un niveau élevé dans certains secteurs de la vie nationale particulièrement sensibles à l'opinion publique et qui disposent, à cet effet, d'un statut leur garantissant une large indépendance. Ces organismes échappent à toutes les catégories propres au droit public français traditionnel, et force est d'en faire une catégorie nouvelle autonome. Certains établissements publics et parfois même fort anciens, comme la Caisse des dépôts et consignations, qui bénéficient eux aussi de garanties statutaires leur assurant une très réelle indépendance, peuvent, à première vue, prétendre également à la qualification d'autorité administrative indépendante. » Toutefois une autorité administra-

1. D'autres interrogations s'ensuivent : v. *infra*, *Pour approfondir*, p. 337.

tive indépendante se distingue nettement d'un établissement public dans la mesure où, en principe, elle n'est pas dotée de la personnalité morale. Mais cette distinction est rendue plus ambiguë par la création depuis 2003 *d'autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale*.

Au fond, la *crise de l'établissement public* est la conséquence du succès de ce mode d'organisation administrative. Mais il ne faut pas oublier, rappelait encore le Conseil d'État, que cette multiplication des établissements publics n'est pas sans dangers : « Personnaliser des services, c'est renforcer le particularisme de chacun d'eux. Certes, ce peut être aussi un élément de cohésion, d'intérêt porté à l'institution par ses membres, peut-être de dynamisme. Mais le risque est grand de voir l'établissement se replier sur lui-même, se dérober à la coopération avec les institutions voisines, refuser plus encore la mise en commun de moyens quand pourtant elle serait rationnelle. » Aussi le Conseil d'État en arrivait-t-il à souhaiter que le recours à cette formule soit moins fréquent. On aurait tous les avantages de l'établissement public sans ses inconvénients en constituant des *centres de décision et de responsabilité :* « Ces centres seraient créés là où une déconcentration des décisions est possible, par exemple, une direction départementale d'un ministère technique, une base aérienne, un arsenal, un centre de formation et d'enseignement, un centre de traitement automatisé de l'information ».

Supposée conduire à plus de rigueur, la politique de modernisation administrative menée depuis les années 1980 est loin pourtant d'avoir entraîné une simplification. Bien au contraire, la volonté de limiter l'utilisation de l'établissement public a, paradoxalement, compliqué la crise qu'il s'agit de surmonter, en aboutissant à mettre en place des organismes voisins d'une nature juridique parfois incertaine. Ainsi, la loi du 15 juillet 1982 sur la recherche a créé une nouvelle sorte de personnes morales dont la loi du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur précise qu'il s'agit d'un organisme de droit public : le **groupement d'intérêt public** (GIP). Constitués par des établissements publics ayant une activité de recherche ou d'enseignement, soit entre eux, soit avec d'autres personnes morales de droit public ou de droit privé, ces groupements sont réalisés par une convention entre les membres, et ont pour objet (selon une durée déterminée), notamment, de gérer des équipements ou des services d'intérêt commun [1]. La formule apparaissant attractive, de nombreux autres GIP sont aujourd'hui possibles, sur les mêmes bases contractuelles, dans les domaines les plus divers (sportif, culturel, social, environnemental, etc.). Il en est ainsi, par exemple, pour créer les « maisons des services publics » destinées à offrir un accès simple, en un lieu unique, à plusieurs services publics. Mais certains GIP s'écartent nettement du modèle initial. Dans le cas des agences régionales de l'hospitalisation (ARH) prévus par l'ordonnance de 26 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, leur création est obligatoire et il n'y a pas de durée déterminée. Services déconcentrés de l'État et organismes de sécurité sociale y sont réunis, notamment pour décider de la répartition des crédits entre les hôpitaux et contrôler les investissements. Dès 1985, un avis du Conseil d'État a confirmé que les GIP sont des personnes morales de droit public et précisé qu'ils « doivent être regardés, pour l'application de l'article 34 de la Constitution, comme assujettis aux mêmes règles que les établissements publics proprement dits ». Ils ne sont pas pour autant purement et simplement assimilés à des établissements publics. Selon le Tribunal des conflits, il s'agit de « personnes publiques

---

1. Code de la recherche, art. L. 341-1 ; Code de l'éducation, art. L. 719-11.

soumises à un régime spécifique », lequel (sous réserve de l'application de l'article 34) se caractérise par une « absence de soumission de plein droit » aux lois et règlements régissant les établissements publics [1].

Autre innovation : une loi de 1990 a créé, sous la tutelle du ministre chargé des Postes et Télécommunications, deux *personnes morales de droit public* qui ont pris respectivement le nom de **La Poste** et de **France Télécom.** « Exploitants publics » qui n'étaient pas davantage qualifiés, ils ont fini par être considérés comme variété d'établissements public (à caractère industriel et commercial) — Nouvelle réforme en 1996 : France Télécom est devenue une personne morale de droit privé, plus précisément « une *entreprise nationale* [...] dont l'État détient directement plus de la moitié du capital » [2].

Nombre de créations se font désormais sous l'appellation d'**agences** [3]**.** Si l'appellation n'est pas nouvelle et vise des établissements publics, des GIP ou encore des associations – voire même des AAI, son succès conduit à s'interroger sur la signification qu'elle peut avoir au regard des catégories classiques du droit administratif.

Parmi les explications du succès figure l'exemplarité de certains modèles étrangers. La multiplication d'organismes publics, marquée par une grande diversification de l'organisation, des modalités de fonctionnement, et du contrôle exercé par les pouvoirs publics, n'est en effet pas propre à la France. Dans de nombreux pays, la nécessité d'une décentralisation de la gestion d'activités publiques à conduit à doter des organismes de la personnalité morale selon des règles spéciales. Il y a de ce fait, comme en France, une distinction juridique fondamentale entre les services gérés directement par l'Administration et les services personnalisés. Ces derniers sont caractérisés par le principe de spécialité et par le fait qu'ils disposent d'organes et d'un personnel propre, ainsi que d'un patrimoine et d'un budget distincts de ceux de l'État. Aux États-Unis, les **agencies** disposent ainsi d'une forte autonomie par rapport à la Présidence et au département de rattachement, tout en ayant des liens étroits avec le Congrès. Elles ne sont pas sans rappeler, selon les cas, diverses formules utilisées en France : l'autorité administrative indépendante (la *Security Exchange Commission* qui contrôle les bourses), l'établissement de coordination (l'*Atomic Energy Commission* qui ressemble au Commissariat à l'énergie atomique) ou de gestion (la célèbre NASA), etc. En Grande-Bretagne, où les *Independant*

---

1. TC 14 févr. 2000, *Groupement d'intérêt public « Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris » c/Mme Verdier*, *GAJA* n° 110 ; *AJDA* 2000.410, chron. M. Guyomar et P. Collin (chronique qui, en dehors des GIP, concerne également un arrêt CE 22 mars 2000, *Syndicat autonome de la Banque de France c/Banque de France*, considérant que la Banque de France, si elle « constitue une personne publique chargée par la loi de missions de service public », « n'a pas le caractère d'un établissement public mais revêt une nature particulière et présente des caractéristiques propres »). *Adde : Les groupements d'intérêt public,* Étude du Conseil d'État, La Documentation française, 1997 ; B. Jorion, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA* 2004.305. Et, plus généralement, sur les diverses personnes publiques distinctes des établissements publics : F. Melleray, « Une nouvelle crise de la notion d'établissement public », *AJDA* 2003.711.
2. Loi du 2 juillet 1990 relative à l'organisation de la poste et des télécommunications (*JO* 8 juill. 1990). Loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom (*JO* 27 juill. 1996, avec CC 23 juillet 1996 et loi du même jour de réglementation des télécommunications ; comm. J. Chevallier, *RFDA* 1996.909 ; dossier spécial *ADJA* 1997.211). En 2005, ce qui devait être « plus de la moitié » n'était plus que 34,9 %. Cette même année, suite à la loi relative à la régulation postale du 20 mai 2005 (*JO* 21 mai 2005), La Poste n'a pas vu son statut changer, mais – comme pour la SNCF – n'est-ce pas que partie remise ?
3. Outre les ARH déjà citées, v. par exemple, *infra*, p. 525-526, en matière de sécurité sanitaire.

Public Boards jouent un rôle bien connu dans le domaine culturel (le *British Council*), ont été plus récemment mises en œuvre les propositions d'un rapport de 1988 qui recommandait que « dans toute la mesure du possible, les fonctions exécutives du gouvernement qui sont distinctes du conseil politique » soient « confiées à des unités clairement définies au sein des ministères, unités désignées sous le nom d'agences ». Il s'en est suivi la création de nombreuses **Executive agencies** (75, dès 1992) disposant d'une grande liberté de gestion [1].

§ 2. Le régime juridique : unité et diversité

Du point de vue de leur régime juridique, également, les établissements publics apparaissent comme « un phénomène foisonnant, difficile à saisir et à maîtriser », pour reprendre encore une expression du Conseil d'État. Pourtant, quelques éléments continuent de s'appliquer à toutes ces personnes publiques et le droit positif oppose deux catégories d'entre elles, les **établissements publics administratifs** (EPA) et les **établissements publics industriels et commerciaux** (EPIC).

A. Les éléments d'un régime commun à l'ensemble des établissements publics

Ce sont des **principes** et des **règles.**

I. Des principes

Les établissements publics ont toujours échappé au *principe d'uniformité* qui a longtemps dominé le régime des collectivités locales. En revanche, ils sont soumis à trois autres principes.

– En premier lieu, leur existence même repose sur le **principe d'autonomie.** Ce sont des personnes morales qui sont individualisées au sein de l'appareil administratif. Leur organisation, d'ailleurs très variable, reflète cette relative indépendance : un *conseil d'administration* composé de membres nommés ou élus (particulièrement dans le cas des universités ou des organismes corporatifs comme les chambres d'agriculture ou les chambres de métiers), un *président,* un *directeur général,* un *directeur,* etc. Surtout, ils ont un *budget* propre alimenté par des subventions de l'État ou des autres collectivités territoriales, les redevances des usagers, des emprunts, des libéralités, etc.

---

1. Sur ces exemples étrangers d'agences et sur ce qu'il en est en France, v. J. Chevallier, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 47 (« [...] la référence aux modèles étrangers est surtout symbolique [...]. L'agence n'est plus une simple appellation dépourvue de conséquences concrètes ; elle n'est pas pour autant fixée dans l'objectivité des formes juridiques [...] »). Le *Rapport Pébereau* (sur la dette publique) – cité dossier 1 – s'y réfère (p. 93) à propos de la « prolifération des acteurs », soulignant que leur création ne s'accompagne pas de la suppression des services qui jusque là avaient compétence : « les agences régionales d'hospitalisation se sont par exemple ajoutées aux directions départementales et régionales des affaires sociales ». S'agissant du cadre européen, où l'on observe les mêmes tendances, v. un rapport (de 2006) de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, sur les *agences européennes* (www.assemblee-nationale.fr, nº 3069). Il part du constat de la difficulté de s'y retrouver dans le « maquis » des agences.

– En second lieu, ce principe d'autonomie est contrebalancé par le **principe de rattachement** de l'établissement à un niveau d'administration : l'État, la région, le département, la commune [1]. De ce fait, les établissements publics sont soumis, par les collectivités dont ils dépendent, à un *contrôle*. Celui-ci est très variable tant dans son intensité que dans ses modalités [2]. Il peut comporter l'approbation des décisions émanant des autorités responsables de l'établissement avant leur entrée en vigueur, la présence de commissaires du gouvernement représentant l'État, un contrôle financier, etc. [3]. Mais il ne saurait outrepasser les prescriptions législatives ou réglementaires : « Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà des textes », comme le dit l'adage. Il n'y a d'ailleurs pas d'uniformité dans la situation réciproque des collectivités territoriales et des établissements publics. Ainsi le contrôle exercé par l'État sur les établissements publics nationaux peut les placer dans une situation d'autonomie très restreinte comme, au contraire, fort large [4], et les mécanismes de ce contrôle diffèrent dans une large mesure de ceux qui s'appliquent aux collectivités territoriales infra-étatiques. Quant aux établissements publics municipaux, départementaux ou régionaux, ils sont soumis à la tutelle des autorités territoriales dont ils dépendent, et de plus, à leurs actes comme à ceux des collectivités elles-mêmes ou de leurs regroupements, est appliquée la procédure de contrôle administratif faisant intervenir le représentant de l'État et le juge administratif [5].

– En troisième lieu, le fonctionnement des établissements publics est soumis au **principe de spécialité** [6] : les compétences des organes de l'établissement sont *limitativement énumérées,* qu'elles soient très nombreuses ou au contraire assez réduites ; elles ne découlent pas d'une clause générale comme celles des conseils municipaux, généraux ou régionaux, dont la loi proclame qu'ils règlent par leurs délibérations les affaires de la commune, du département ou de la région. En d'autres termes, les compétences de l'établissement public sont des *compétences d'attribution,* tandis que les compétences des collectivités territoriales sont des *compétences de droit commun*. Aussi le juge sanctionne-t-il tout dépassement de la liste de ses compétences par un établissement public, au besoin en engageant sa responsabilité. Par exemple, une chambre d'agriculture qui assure la maîtrise d'œuvre de la construction d'un foyer de jeunes agit « en méconnaissance de la

---

1. J.-Cl. Douence, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale (le cas des établissements publics locaux) », *AJDA* 1971.4. De par leur origine, les établissements publics de coopération culturelle (v. *supra*, p. 307, note 1) posent un problème de rattachement. Ils ne sont qualifiés ni d'établissements publics nationaux ni d'établissements publics locaux. Toutefois, ils sont soumis au contrôle de légalité applicable aux collectivités territoriales et, s'ils ont un caractère administratif, leur personnel est régi par le statut de la fonction publique territoriale.

2. J.-P. Dubois, *Le Contrôle administratif sur les établissements publics* (préface de G. Dupuis), LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 143, 1982.

3. Le contrôle est qualifié de tutelle mais les textes et la pratique utilisent pour désigner ces rapports entre un établissement et la collectivité dont il dépend (ou les organes de celle-ci) des expressions diverses : contrôle, tutelle et même autorité (par exemple, des décrets, indiquent parfois qu'un établissement est placé sous l'autorité de tel ou tel ministre).

4. À tel point que la Cour des comptes a pu considérer que la création d'établissements publics aboutissait à un véritable démembrement de l'Administration et que le Conseil d'État a pu souhaiter que l'État retrouve son *autorité* sur ces organismes divers.

5. En application de la loi du 2 mars 1982 modifiée (V. le dossier sur les collectivités décentralisées). Toutefois, certains établissements publics locaux sont soumis à un régime particulier de contrôle (par exemple, les établissements publics locaux d'enseignement qui ne sont, en fait, que des instruments de l'action de l'État).

6. J.-Cl. Douence, « La spécialité des personnes publiques en droit administratif français », *RDP* 1972.753.

spécialisation de ses attributions », affirme le Conseil d'État [1]. De même, il n'appartient pas à une caisse de crédit municipal (plus fréquemment appelée « mont-de-piété »), qui est un établissement public à vocation sociale, d'entreprendre des « opérations de prêts sur des marchandises consenties à des commerçants », en l'espèce un fourreur qui plaçait en gage des vêtements confiés par ses clients pour qu'il en assume la garde et l'entretien pendant l'été [2]. En revanche, l'Institut national de la recherche agronomique (INRA) ayant pour mission l'organisation, l'exécution et la publication de tous travaux de recherche portant sur l'amélioration et le développement de la production végétale, l'un de ses collaborateurs peut faire connaître au public les mérites comparés des différentes techniques de protection du vignoble contre les gelées du printemps, par des conférences ou des démonstrations [3].

Historiquement, le principe de spécialité est probablement apparu dans des avis du Conseil d'État alors même que la distinction entre établissements publics et établissements d'utilité publique n'avait pas encore été formulée : à propos des bureaux de bienfaisance créés par une loi de l'an V et des fabriques établies à la suite du Concordat de l'an IX pour l'entretien des lieux du culte et l'administration des aumônes, il a fallu préciser les champs d'intervention de ces deux établissements, notamment quant à l'exercice de la charité par des dons et legs ou quant à l'ouverture d'écoles pour accueillir les pauvres. Sans doute ce principe a-t-il connu un relatif déclin. Celui-ci est bien illustré par le passage du syndicat de communes initial au SIVOM dont la *vocation multiple* s'écarte d'une conception stricte de la spécialité. Et cela est encore plus flagrant dans le cas des regroupements de communes constituant des « communautés » selon diverses modalités. L'assouplissement de ce principe est particulièrement accentué dans le cas des entreprises publiques qui diversifient leurs activités dans un but de rentabilité économique et développent très largement les procédés de prise de participation et de création de filiales [4].

II. Des règles

Découlant de l'article 34 de la Constitution, elles sont de deux sortes : les unes sont législatives, les autres réglementaires.

La Constitution précise, dans son article 34, que la loi fixe les **règles relatives à la création de catégories d'établissements publics.** Deux séries de problèmes se sont en conséquence posés, auxquels la jurisprudence du Conseil constitutionnel a apporté des réponses :

---

1. CE 28 sept. 1984, *Conseil régional de l'ordre des architectes de Bourgogne*, *R.* 309.
2. CE 3 juill. 1974, *Dame Hurter*, *JCP* 1975.II.18078, note M. Durupty.
3. CE 9 oct. 1975, *Sieur Ballu*, *JCP* 1976.II.18321, concl. M. Rougevin-Baville.
4. V. CE avis du 7 juill. 1994, *GACE* n° 42 (concernant EDF-GDF). Il en ressort que le principe de spécialité ne s'oppose pas au développement par un EPIC de nouvelles activités, à deux conditions qui ne sont guère contraignantes : si elles sont un « complément normal de la mission statutaire principale » et si elles sont « directement utiles » pour permettre l'amélioration des conditions d'exercice de cette mission, en permettant notamment « son adaptation à l'évolution technologique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, en développant le savoir-faire de ses personnels et la valorisation de ses compétences ». Qui plus est, la loi et le règlement peuvent toujours intervenir pour créer un nouvel établissement aux missions renouvelées, voire même abandonner le statut d'établissement public. Aussi souple qu'il soit, le principe de spécialité des établissements publics est en effet aujourd'hui discuté. Et sa « rigidité », par exemple, a compté parmi les arguments justifiant l'abandon par la loi du 9 août 2004 du statut d'établissement public d'EDF et de GDF.

a) Qu'est-ce qu'une catégorie d'établissements publics ?

La catégorie *n'est pas définie par son extension :* un établissement public peut constituer à lui seul une catégorie, de même qu'un ensemble, en mathématiques, peut fort bien ne comporter qu'un seul élément (il s'agit alors d'un *singleton*). Ainsi en est-il, par exemple, de la Caisse des dépôts et consignation, du Commissariat à l'énergie atomique, de la RATP (Régie autonome des transports parisiens) ; ainsi en était-il de l'ORTF (Office de la radio-télévision française) supprimé en 1974 ; ainsi en serait-il pour un organisme nouveau qui apparaîtrait du fait de la diversification des fonctions de l'État.

La catégorie peut être caractérisée par *deux critères* :

– le *rattachement à un niveau d'administration* (établissement public national, régional, départemental, communal...) et, par conséquent, la tutelle (exercée par un ministre, le président du conseil régional ou du conseil général, le maire...) ;

– la *spécialité,* c'est-à-dire la mission spécifique de l'établissement ; pour entrer dans une même catégorie, deux institutions doivent avoir une fonction identique ou, au moins, des fonctions *analogues* (par exemple, l'enseignement, la formation des cadres administratifs, la diffusion de la culture, l'organisation de spectacles, etc.) [1].

b) Quelles sont les règles relatives à la création de ces catégories ?

Très naturellement, on aurait pu interpréter la Constitution de la façon suivante : la loi indique quelle est l'autorité compétente pour créer une nouvelle catégorie d'établissements publics et quelles procédures cette autorité doit suivre. Tout le reste relève du règlement. Mais la jurisprudence a élargi la compétence législative. En effet, le Conseil constitutionnel considère que :

– **seule la loi** peut *créer* une nouvelle catégorie d'établissement ;

– **seule la loi** peut *fixer les « règles constitutives »* de l'établissement, c'est-à-dire toutes celles qui concernent les caractéristiques fondamentales de l'institution, car leur énoncé fait partie de la détermination de la catégorie à laquelle il appartient et leur modification aurait pour effet de faire sortir l'établissement concerné de sa catégorie.

Cette interprétation extensive de l'article 34 tend à interdire au pouvoir réglementaire de tourner la Constitution en posant lui-même ou en modifiant des règles constitutives qui changent la nature des établissements concernés. Par exemple, la loi a créé la catégorie des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel : la participation des étudiants à la gestion de ces établissements en est une règle constitutive et c'est aussi un élément de la définition de la catégorie visée ; elle ne pourrait donc pas être écartée par voie réglementaire. En revanche, au niveau national, lorsqu'un établissement public entre dans une catégorie déjà définie, l'autorité qui exerce le **pouvoir réglementaire** est compétente pour déterminer les règles de sa création et établir son statut particulier. Et, en ce qui concerne les établissements publics locaux, l'assemblée délibérante de la collecti-

---

1. Longtemps, il y a eu un troisième critère : le caractère de l'activité permettant d'opposer les établissements publics administratifs et ceux qui ont un caractère industriel et commercial. Mais, dans une décision (25 juill. 1979, *ANPE*) le Conseil constitutionnel a écarté explicitement ce critère : la détermination du caractère de l'activité d'un établissement public n'est plus du ressort de la loi mais du pouvoir réglementaire.

vité locale (conseil municipal, conseil général, conseil régional) a compétence pour créer un établissement dans le respect des dispositions constitutionnelles et législatives [1].

B. La distinction de deux régimes juridiques : établissements publics administratifs, établissements publics industriels et commerciaux

En principe, selon l'activité qu'ils exercent et, plus précisément, selon qu'ils ont en charge un service public administratif ou un service public industriel et commercial, les établissements publics se répartissent en deux catégories : les établissements publics administratifs (EPA) et les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) [2]. Pour établir le caractère industriel et commercial de l'activité (et donc de l'établissement public) le juge se réfère à trois indices : l'objet du service (production et commercialisation de biens ou services), les ressources (essentiellement les redevances payées par les usagers) et les modalités de fonctionnement (similaires à celles d'une entreprise privée) [3].

– Il n'est pas toujours facile de distinguer. Dans ses rapport de 1971 et 1985, le Conseil d'État a relevé les **difficultés de la classification** des établissements publics. « Les classements opérés parmi les établissements et dont l'intérêt principal est de permettre, dans le silence des textes, de dégager les solutions juridiques, ont perdu de leur netteté et de leur solidité, note-t-il. En particulier, *la distinction majeure entre les établissements à caractère administratif et les établissements à caractère industriel et commercial, si elle conserve un grand intérêt pratique et si elle continue en partie à correspondre à la réalité, est aussi en partie fictive*, puisque le caractère industriel et commercial peut être reconnu à des établissements qui ne font ni commerce ni industrie, à seule fin de leur donner plus de souplesse dans leur gestion » [4]. Cette distinction est faite notamment par l'article 151 du décret du 29 décembre 1962, portant règlement général de la comptabilité publique aux termes duquel, « selon l'objet de leur activité ou les nécessités de leur gestion », les établissements publics nationaux sont dits « à caractère administratif » ou « à caractère industriel et commercial » (formule que reprend la loi du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle, tout en la corrigeant : ces établissements sont administratifs ou industriels et commerciaux, « selon l'objet de leur activité *et* les nécessités de leur gestion »).

En fait, les ambiguïtés de la distinction EPA/EPIC ont conduit à séparer deux aspects : le premier concerne le caractère de l'*activité* d'un établissement public (administrative ou industrielle et commerciale), le second est relatif à la *qualification* donnée par un texte. Si

---

1. Concernant les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, v. *supra*, p. 299, note 2, de ce chapitre, la décision du Conseil constitutionnel de 1993. Plus généralement : O. Dugrip, « La notion de « règles concernant la création de catégories d'établissements publics » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Mélanges en hommage à Roland Drago. L'unité du droit*, Economica, 1996.
2. Certains établissements publics ne sont pas expressément qualifiés d'EPA mais s'y apparentent : « établissements publics de santé » (hôpitaux publics), « établissements publics à caractère scientifique culturel et professionnel » (telles les universités), etc.
3. CE 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *R.* 434, *D.* 1956.759, concl. P. Laurent. V. le dossier 11, p. 532, sur les incertitudes de la distinction entre service public administratif et service public industriel et commercial.
4. Les raisons d'une qualification d'EPA ou d'EPIC ne sont pas toujours *a priori* évidentes : par exemple, un décret du 3 janvier 1994 qualifie d'EPA la Bibliothèque nationale de France, et un décret du 1er avril 1995 qualifie d'EPIC la Comédie-Française.

ce texte à valeur législative (lois proprement dites, ordonnances ratifiées...), il s'impose à toutes les autorités publiques. En revanche, s'il s'agit de dispositions réglementaires, le juge peut les écarter, comme le montre une décision relative au FORMA : ce Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (avant d'être supprimé en 1986) avait été rangé parmi les établissements publics industriels et commerciaux par le décret qui l'avait institué et, pourtant, le Tribunal des conflits a considéré qu'il s'agissait d'un établissement public administratif [1] au motif « que cet organisme a pour mission de préparer les décisions gouvernementales relatives aux interventions de l'État sur les marchés agricoles et de les exécuter ; qu'à cet effet, il passe avec les exportateurs, selon les modalités fixées et les pouvoirs conférés par les ministres compétents, des « contrats » comportant pour les intéressés une subvention allouée avec des ressources qu'il reçoit exclusivement de l'État ; qu'il ne poursuit aucune action propre et se borne à réaliser les buts déterminés par l'État avec les moyens fournis par ce dernier ; qu'ainsi il exerce, en réalité, une action purement administrative ». Le FORMA apparaissait comme « un établissement public à visage inversé » alors que d'autres organismes sont « des établissements publics à double visage », comme les chambres de commerce et d'industrie qui sont des établissements publics administratifs mais qui peuvent exercer des activités à caractère industriel et commercial [2].

– En résulte une **très forte hétérogénéité des régimes juridiques** des établissements publics, qui est un reflet de celle des services publics en général. Le principe est bien que le régime des EPIC échappe en grande partie au droit public : les contrats qu'ils passent avec leurs usagers sont tous des contrats de droit privé ; leur gestion se rapproche de celle d'une société dans le statut des personnels, la mise en jeu de leur responsabilité, leur régime comptable et fiscal. Au contraire, le droit public s'applique naturellement aux EPA : le personnel est constitué d'agents publics, les décisions prises par les autorités responsables sont des actes administratifs, le contentieux relève, sauf cas particuliers, de la compétence des juridictions administratives. Il n'empêche que le régime des uns et des autres est *toujours mixte*. Un établissement administratif peut, dans certains cas, recourir à des modalités de gestion privée. Inversement, un établissement industriel et commercial, ne serait-ce que parce qu'il est une personne publique, ne peut que relever aussi du droit public sur des points essentiels (création, disparition, modification des statuts, situation légale et réglementaire du directeur et du comptable qui sont des agents publics [3], exclusion de la mise en liquidation judiciaire [4], etc.). Ce qui n'est pas sans soulever des problèmes [5].

---

1. TC 24 juin 1968, *Société « Distilleries bretonnes* », *R.* 801, concl. Cl. Gegout.
2. B. Genevois, « La nature juridique des activités des établissements publics à double visage », concl. sur TC 12 nov. 1984,*Société Interfrost c/FIOM*, *RFDA* 1985.250 ; CE 20 déc. 1985, *Syndicat national des industries de l'alimentation animale*, *AJDA* 1986.80, chron. S. Hubac et M. Azibert (l'office national interprofessionnel des céréales — ONIC — est un établissement public administratif mais certaines de ses activités ont un caractère industriel et commercial). V. aussi, incitant ces EPA à développer leurs activités industrielles et commerciales en créant des services chargés de les gérer, le décret du 19 avr. 2002 relatif aux services d'activités industrielles et commerciales (SAIC) des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel (*JO* 21 avr. 2002).
3. CE 26 janv. 1923, *Robert Lafregeyre*, *R.* 67, *GAJA* n° 39 ; et CE 8 mars 1957, *J. de Labeau*, *R.* 158.
4. Tous les établissements publics, comme les autres personnes publiques, sont soustraits aux voies d'exécution forcée, en raison du principe d'insaisissabilité de leurs biens.
5. V. *infra*, *Pour approfondir*, p. 337.

Chapitre 2

Les autres institutions spécialisées

Les institutions spécialisées autres que les établissements publics [1] forment un ensemble très hétérogène. Leur statut fait l'objet de bien des controverses juridiques. Dans le passé, on s'est interrogé sur l'appartenance des *comités d'organisation* créés par la loi du 16 août 1940 [2] au secteur public ou au secteur privé. Le statut des **ordres professionnels** (§ 1) a aussi prêté à discussion, le législateur n'ayant jamais précisé la nature de ces organismes. Par ailleurs, le rôle des **associations** (§ 2), le fonctionnement des **organismes de Sécurité sociale** (§ 3), la place qui revient aux entreprises publiques ou semi-publiques constituées sous la forme de **sociétés** (§ 4) conduisent à souligner la complexité de l'action publique et des organismes chargés de la mettre en œuvre.

§ 1. Les ordres professionnels

Les avocats et les notaires étaient déjà organisés en ordres lorsque l'organisation corporative a été étendue à diverses *professions libérales* par le gouvernement de Vichy dont les décisions sur ce point ont été confirmées à la Libération. Actuellement, ce système concerne les médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, architectes, experts-comptables, géomètres-experts...

Les ordres professionnels sont des personnes morales, administrées par des conseils (conseil supérieur au niveau national, conseils régionaux, conseils départementaux) dont les membres sont élus, dans le cadre de la profession, au suffrage universel (et non désignés par l'État). Tout ce qui concerne leur fonctionnement interne est régi par le droit privé (personnel, patrimoine, gestion financière...).

Mais le statut des ordres professionnels a soulevé des interrogations. Dans un arrêt de 1943, le Conseil d'État avait énoncé deux points importants : d'une part, ils exercent une

---

1. Qu'il ne faut pas confondre avec les « institutions administratives spécialisées » de l'État pour lesquelles (comme dans un certain nombre d'autres cas), en application du § 3 de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, il est dérogé pour certaines catégories d'emplois à la règle selon laquelle les emplois permanents doivent être occupés par des fonctionnaires (décret du 14 juin 1984 — souvent modifié depuis, fixant la liste des institutions administratives spécialisées de l'État prévue au § 3 de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JO* 16 juin 1984 : l'on y trouve le Médiateur de la République, le CSA, le Conseil de la concurrence... Sont alors visées, en réalité, des AAI).

2. CE 31 juill. 1942, *Monpeurt*, *S.* 1942.3.37, concl. Segalat, *GAJA* n° 54 ; v. *infra*, dossier 10, p. 460.

mission de service public, d'autre part, ils ne sont pas des établissements publics. Dès lors s'agissait-il d'institutions publiques d'un type nouveau ? En effet, à l'époque, leur reconnaître la qualité d'organismes privés n'allait pas de soi en raison de l'importance de leurs prérogatives. Cependant, aujourd'hui, l'évolution de la jurisprudence, admettant largement que des organismes de droit privé soient chargés de missions de service public et dotés de prérogatives de puissance publique, conduit a considérer que les ordres professionnels sont des institutions de droit privé, comme d'autres organismes professionnels (et cela ressort implicitement de la jurisprudence du Tribunal des conflits) [1].

Les ordres sont chargés d'organiser et de « discipliner » certaines professions. Ils représentent celles-ci auprès des autorités administratives. S'ils participent toujours à l'élaboration d'un **code de déontologie,** leur rôle s'est, en la matière, considérablement restreint. Ils ne font, pour l'essentiel, que faire des propositions et c'est par décret que le Code est mis en vigueur. D'une manière générale, ils tendent à perdre leur pouvoir réglementaire au profit du Premier ministre [2].

Dessaisis du pouvoir de fixer les règles générales, les ordres sont surtout compétents pour appliquer celles-ci au cas particulier de chacun de leurs membres. D'abord, chaque ordre contrôle l'accès à la profession en se prononçant sur l'**inscription au tableau** (obligatoire pour exercer) des postulants tant au regard des conditions législatives ou réglementaires que du point de vue de la moralité. Ensuite, l'ordre prononce des **sanctions disciplinaires** en cas de fautes professionnelles, en particulier en cas de manquements aux obligations prévues par le code de déontologie ; l'intéressé doit être mis à même de présenter sa défense et les peines sont prévues par les textes (avertissement ou réprimande, blâme, suspension, radiation du tableau).

Lorsque l'ordre exerce des attributions de réglementation et d'accès au tableau, il est considéré comme une *autorité administrative* dont les décisions sont susceptibles d'être attaquées par un *recours pour excès de pouvoir* devant le juge administratif. Quand l'ordre prononce des *sanctions disciplinaires*, il intervient en tant que *juge* (c'est une juridiction administrative spécialisée), dès lors ses décisions rendues au niveau départemental ou régional et éventuellement portées en appel devant le conseil national de l'ordre, peuvent faire l'objet d'un *recours en cassation* devant le Conseil d'État. Le caractère juridictionnel de l'action disciplinaire des ordres exige le respect du principe d'impartialité et de l'article 6 de la CEDH (droit au procès équitable), ce qui a soulevé quelques problèmes. D'ailleurs, afin de mieux répondre à ces exigences, l'exercice du pouvoir disciplinaire par les ordres des *professions médicales* a connu une importante réforme avec la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé. Le législateur a opéré une séparation nette entre les instances des ordres qui administrent les conseils et celles qui exercent l'action disciplinaire. Désormais celles-ci, présidées par des magistrats, sont les chambres disciplinaires de première instance (instituées auprès des conseils régionaux), et la Chambre disciplinaire nationale (auprès du Conseil national) statuant en appel. Il est à noter que le contrôle juridictionnel sur les barreaux des avocats, le conseil supérieur du notariat, la chambre nationale des huissiers de justice, bref sur les organismes

---

1. CE 2 avr. 1943, *Bouguen*, *R.* 86, *D.* 1944.52, concl. M. Lagrange, note J. Donnedieu de Vabres ; *GAJA* n° 55 ; TC 13 févr. 1984, *Cordier* (les termes de l'arrêt semblent impliquer la qualité d'organismes de droit privé des ordres professionnels).
2. M. Lascombe, « Les ordres professionnels », *AJDA* 1994.855. Et, comme exemple : décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat (*JO* 16 juill. 2005).

qui regroupent ceux qui sont considérés, principalement, comme des auxiliaires de la justice judiciaire, est confié à l'ordre judiciaire.

§ 2. Les associations

Le rôle des associations dans la vie administrative s'est considérablement accru et diversifié : « L'association contrepoids de l'Administration, l'association alliée de l'Administration, l'association faux nez de l'Administration ; si l'on aimait céder au goût pour les formules chocs, tel pourrait être le triptyque [1] ». Dans les deux derniers cas, ces organismes se voient confier des tâches d'intérêt général (ou d'*utilité publique*) et parfois elles « ne sont pas autre chose que des services de l'Administration déguisés en personnes de droit privé » [2]. Souvent qualifiées alors d'associations « para-administratives », ou encore d'« institutions administratives transparentes », elles ont été créées par des collectivités publiques et, composées de représentants de celles-ci, elles n'ont aucune autonomie [3].

En revanche, d'autres associations ont une réelle identité propre par rapport à l'Administration, tout en intervenant dans l'action administrative. De nombreux domaines d'activités sont concernés par ce phénomène : le secteur social, la culture, les activités sportives mais aussi l'urbanisme, l'environnement et l'agriculture. Malgré la référence à la loi de 1901, les associations peuvent avoir des statuts très différents. Notamment, *certaines* ont une *mission de service public* attribuée par la loi (par exemple, les fédérations sportives), et d'autres peuvent assurer la gestion d'un service public par le biais d'une convention de délégation de service public. Dans ces deux cas, cela *entraîne pour elles la possibilité d'utiliser des prérogatives de puissance publique,* mais aussi la soumission à des sujétions particulières. D'autres, par contre, collaborent avec l'Administration en dehors des missions de service public proprement dites.

Cette complexité est souvent critiquée dans la mesure où des activités administratives se trouvent ainsi dissimulées. Il est certain qu'une nouvelle législation établissant des distinctions claires aboutirait à mieux savoir qui fait quoi et pour qui. Mais, comme le soulignait Rivero, « la multiplicité des catégories permettrait à l'Administration d'enserrer l'association dans le réseau des contrôles *a priori* et *a posteriori* dont la loi de 1901 l'avait affranchie ». Cela n'irait pas sans inconvénients. Ce qui est souhaitable pour la catégorie des « associations-couvertures », l'est moins pour celles qui résultent d'initiatives privées et dont le développement doit être encouragé [4].

---

1. A. de Laubadère, *AJDA* 1980.115 (n° spécial sur « les associations et la vie administrative »).
2. J. Rivero, *AJDA* 1980.122.
3. Sur les problèmes susceptibles d'en résulter : CE 27 mars 1995, *Chambre d'agriculture des Alpes maritimes*, *AJDA* 1995.921, note C. Braud (transfert trop étendu de compétences à une association dont la création avait été suscitée par un Conseil général) ; Cour des comptes, 10 juill. 2003 et 11 sept. 2003, *AJDA* 2003.2306, note N. Groper (violations des règles de la comptabilité publique et procédures de gestion de fait) ; CE 5 déc. 2005, *Département de la Dordogne*, *AJDA* 2006.656, note F. Brenet (responsabilité du département engagée du fait de fautes dans la gestion d'une association).
4. V. CE, « Les associations et la loi de 1901, cent ans après », *Rapport public 2000,* La Documentation française, *EDCE* n° 51, p. 239. Et, *infra*, *Pour approfondir*, p. 338.

§ 3. Les organismes de sécurité sociale

Les organismes de Sécurité sociale sont de plusieurs sortes. En effet, service public par excellence, la Sécurité sociale est gérée à la fois par des organismes privés et des organismes publics. La jurisprudence [1] avait permis d'affirmer que les diverses *caisses locales* d'assurances sociales, héritées des sociétés de secours mutuels étaient des **organismes privés,** d'ailleurs largement soumis aux règles spéciales du droit public. La création de la Sécurité sociale n'a pas modifié cet état du droit. En revanche, les *caisses nationales* de la Sécurité sociale sont des **établissements publics administratifs** (dont le contentieux relève pourtant en grande partie des juridictions judiciaires) [2].

§ 4. Les sociétés

Les activités industrielles et commerciales assumées par l'Administration sont confiées à des **entreprises publiques.** Cette notion générique n'a cependant, malgré bien des tentatives, jamais reçu de définition très précise. Ce que l'on fait entrer sous cette appellation est variable, d'une part, en droit interne, selon les textes, et, d'autre part, d'un pays à l'autre, notamment en Europe [3]. En France, on entend, en principe, par entreprise publique, un organisme doté de la personnalité morale, appartenant au secteur public (c'est-à-dire relevant de l'État ou d'une autre collectivité territoriale) et gérant une activité industrielle et commerciale. Mais il n'y a pas un *statut* de l'entreprise publique : les formes et les modalités de fonctionnement sont très diverses. Ainsi certaines entreprises publiques (comme la SNCF) sont-elles encore des établissements publics à caractère industriel et commercial ; d'autres sont constituées sous la forme de sociétés soumises en principe à la législation sur les sociétés anonymes. Parmi ces sociétés, certaines ont un capital entièrement public, ce sont, au sens strict du terme, les **sociétés nationales** qui, d'ailleurs, sont en nette diminution depuis les années 1990 en raison de l'évolution du secteur public. D'autres réalisent une association de capitaux publics et privés, ce sont les **sociétés d'économie mixte.**

A. Les sociétés nationales et l'évolution du secteur public

L'État a créé directement des sociétés à capital public, soit pour répondre à un besoin nouveau, soit pour réaménager le fonctionnement d'un service existant. La souplesse offerte par le système de la société pour la gestion d'une activité est la raison principale de l'adoption de cette formule. Par exemple, les difficultés de fonctionnement de l'ORTF (Office de radiodiffusion télévision française) qui était un établissement public ont conduit à lui substituer en 1974 quatre sociétés nationales (et un établissement public de diffusion)

---

1. CE 13 mai 1938, *Caisse primaire aide et protection*, *R.* 417, *RDP* 1938.830, concl. R. Latournerie ; *GAJA* n° 53.
2. Sur l'organisation et le fonctionnement de la Sécurité sociale, v. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la Sécurité sociale*, 15e éd. par M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, Précis, Dalloz, 2005.
3. Selon une directive de la CEE, du 25 juin 1980, relative aux rapports financiers entre les États et leurs entreprises publiques, il s'agit de « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer, directement ou indirectement, une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. »

et, si une loi de 1982 a apporté des réformes importantes en ce domaine, elle a maintenu la formule statutaire. En revanche, en 1987, TF1 a été privatisée [1].

La création de sociétés nationales par la voie de la **nationalisation** pose des problèmes complexes car elle met en cause le droit de propriété. En effet, l'opération consiste à transférer la propriété de moyens de production à la collectivité nationale. Elle « implique que le transfert de propriété d'une entreprise résulte d'une décision de la puissance publique à laquelle le ou les propriétaires sont obligés de se plier » [2]. La portée d'une telle opération est soulignée par le fait que le Préambule de la Constitution de 1946 traite de ce problème (Préambule, alinéa 9) et que l'article 34 de la Constitution de 1958 réserve cette matière au législateur. La question majeure est de savoir quelle est l'étendue de la compétence de celui-ci, c'est-à-dire dans quelle mesure il est possible, sans méconnaître le droit de propriété et le principe de la liberté d'entreprendre, de substituer des entreprises nationales à des entreprises privées.

Les deux premières vagues de nationalisations se sont produites au moment du Front populaire (en 1936) et à la Libération : ainsi en 1945-1946 ont été nationalisés la Banque de France, les usines Renault [3], quatre grandes banques de dépôts et des compagnies d'assurances, l'électricité et le gaz, les charbonnages, les transports aériens... La troisième vague, intervenue en 1982 après le changement de majorité politique de 1981, a pour originalité de s'être réalisée pour la première fois sous un régime de contrôle de constitutionnalité des lois. La question des pouvoirs du législateur a donc été analysée par le Conseil constitutionnel. Celui-ci admet les nationalisations envisagées : l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations ne saurait, en l'absence d'*erreur manifeste,* être récusée par le Conseil constitutionnel dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration de 1789 [4].

Sont donc nationalisées des sociétés et des banques dont l'activité est considérée comme essentielle pour l'économie nationale par le gouvernement : cinq grands groupes industriels (la Compagnie générale d'électricité, la compagnie de Saint-Gobain, Péchiney-Ugine-Kuhlmann, Rhône-Poulenc, Thomson-Brandt) ; trente-six banques ; deux compagnies financières (la Compagnie financière de Paris et des Pays-Bas, la Compagnie financière de Suez)[5].

Toutes ces sociétés ont ainsi un capital totalement public mais sont soumises en principe (sauf dérogations législatives) à la législation sur les sociétés anonymes.

---

1. E. Derieux, *Droit de la communication*, LGDJ, Manuels, 4e éd., 2003.
2. CC 19 janv. 1984 (*JO* 20 janv. 1984).
3. La Régie Renault qui était jusqu'en 1990 une entreprise à statut très particulier (dotée de la personnalité morale mais ni établissement public ni société anonyme...) est devenue société anonyme, suite à une loi du 4 juillet 1990. V. L. Rapp, « La réforme du statut de Renault », *AJDA* 1990.688. En 1996, la majorité du capital est passée dans le secteur privé : l'État ne détenait plus que 46 % du capital. Depuis sa participation n'a cessé de baisser.
4. CC 16 janv. 1982 (*JO* 17 janv. 1982). V. *AJDA* 1982, no spécial sur les nationalisations, et plus particulièrement, J. Rivero, « Ni lu, ni compris ? », p. 209 ; L. Favoreu (dir.), *Nationalisations et Constitution,* Economica, 1982 ; *GDCC* no 28.
5. Loi de nationalisation du 11 février 1982 (*JO* 13 févr. 1982). À ces nationalisations proprement dites se sont ajoutés d'autres transferts de propriété (partiels) touchant notamment les sociétés Usinor et Sacilor, Dassault, Matra.

La volonté politique (qui n'est pas propre à cette troisième vague de nationalisations) de « nationaliser sans étatiser », a conduit à l'institution d'une **participation** à la gestion. La gestion tripartite (État, salariés, usagers) avait été mise en place à la Libération. Le fonctionnement de ce système a connu des déviations réduisant sa portée, et le véritable pouvoir de décision est passé du conseil d'administration aux organes dirigeants. À la suite des nationalisations de 1982, est intervenue une nouvelle loi [1] dont l'objectif était de réaliser une véritable association des salariés à la gestion de l'entreprise. Cette loi, qui a un champ d'application plus vaste que les seules sociétés à capital entièrement public, généralise la représentation élue des salariés, étend la formule du tripartisme (représentants de l'État, élus des salariés, personnalités extérieures) et prévoit que le président du conseil d'administration est nommé par décret sur *proposition* de ce conseil d'administration tripartite. Consacrant le rôle prédominant du conseil, la loi du 15 mai 2001 [2] (art. 141) précise qu'il « délibère sur les grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques, notamment, le cas échéant, sur le contrat de plan ou d'entreprise, avant l'intervention des décisions qui y sont relatives ».

Un autre problème important concernant les sociétés nationales (et d'une façon générale toutes les entreprises publiques) est celui de leurs rapports avec l'État. Le dualisme de leur situation entraîne des risques de dérive. D'une part, si ces entreprises sont *publiques,* c'est dans le but d'en faire des instruments de l'État pour la réalisation de sa politique économique : il y a donc une subordination nécessaire des entreprises à l'État. Mais, d'autre part, bien qu'elles soient publiques, elles n'en sont pas moins des *entreprises* intégrées dans le jeu économique et la concurrence : ce sont de vastes groupes industriels, séparés organiquement de l'appareil administratif de l'État et donc autonomes. Si la subordination passe par des mécanismes trop rigides, elle supprime la liberté de manœuvre dont dépend l'efficacité économique. Mais, à l'inverse, si la séparation organique produit tous ses effets, l'entreprise publique se conduit totalement comme une entreprise privée et ne joue plus son rôle dans l'optique de l'intérêt général. Le fonctionnement concret des entreprises publiques ayant montré la réalité de ces deux écueils, des remèdes ont été préconisés dont le plus original est l'instauration de *relations contractuelles entre l'État et les sociétés.* Déjà utilisé à la suite de propositions formulées en 1967 [3], le système des contrats a été repris en 1983. Dans le cadre de la nouvelle planification, des **contrats de plan** pluriannuels ont été élaborés ; l'État définit les objectifs publics, la société établit son plan d'entreprise, et le contrat fixe les engagements réciproques.

La difficulté a toujours été de parvenir à ce que ces contrats soient véritablement l'armature d'une stratégie économique et non pas de simples documents financiers à court terme [4]. Ils n'en permettent pas moins en principe une réduction sinon une suppression des contrôles *a priori* (les mécanismes de tutelle s'étaient multipliés) au profit du seul contrôle

---

1. Loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (*JO* 27 juill. 1983).
2. Loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (*JO* 16 mai 2001) ; comm. L. Rapp, *AJDA* 2001.560.
3. Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques. *Rapport sur les entreprises publiques,* Imprimerie nationale, 1967 (Rapport Nora).
4. M. Bazex, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA* 1984.69. Et, levant toute ambiguïté quant à leur valeur juridique, loi précitée du 15 mai 2001 (art. 140) : qualifiés désormais de « contrats d'entreprise », « ils ne peuvent être résiliés par chacune des deux parties avant leur date normale d'expiration que dans les formes et conditions qu'ils stipulent expressément. Ils sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles ».

a posteriori. Celui-ci est essentiellement effectué par la *Cour des comptes,* chargée de la vérification de la gestion des entreprises publiques. Le *haut conseil du secteur public* créé par la loi de nationalisation du 11 février 1982 n'est pas une autorité de tutelle : il suit l'évolution du secteur public, sa gestion et ses activités, mais il n'a qu'un pouvoir de proposition ; il doit publier tous les deux ans un rapport-bilan [1].

Après les nationalisations de 1982, un mouvement contraire a commencé en 1986. Le gouvernement alors formé après les élections (sous l'autorité de Jacques Chirac) a entrepris la réduction du secteur public en décidant la **privatisation** de nombreuses entreprises publiques. Deux lois ont fixé la *liste des entreprises* concernées (65 dont une quinzaine ont été effectivement vendues avant l'élection présidentielle de 1988 qui a interrompu ce processus déjà freiné par la crise boursière de 1987) et les *modalités des privatisations* [2]. Le Conseil constitutionnel [3] a saisi cette occasion pour rappeler qu'il revient au législateur d'apprécier l'opportunité de la dénationalisation et pour préciser deux points : l'existence de services publics, dont la nécessité découle de principes ou de règles constitutionnels et qui ne peuvent donc être transférés au secteur privé par le législateur ; le principe selon lequel la protection du droit de propriété instituée par la Déclaration de 1789 concerne, à titre égal, les personnes publiques et les personnes privées (de sorte que l'État doit bénéficier lui aussi d'une « juste indemnité » ou d'un juste prix).

Après ces bouleversements successifs dans l'étendue du secteur public, le président Mitterrand, lors de la campagne électorale de 1988, a affirmé, dans une « lettre aux Français » son intention de ne procéder **ni** à des privatisations **ni** à des nationalisations (« doctrine » dite du *ni-ni...*). Ce principe a évidemment soulevé des controverses politiques et sa signification même n'était pas si claire. Une loi du 31 décembre 1989, par exemple, a prévu l'ouverture à des capitaux privés (dans la limite de 25 %) des groupes publics d'assurances. Un décret du 4 avril 1991 a permis des *prises de participation minoritaires* du secteur privé dans le capital d'entreprises publiques dont l'État détient directement plus de la moitié du capital. Finalement, les *privatisations partielles* ont connu un développement non négligeable.

En mai 1993, le gouvernement Balladur a adopté un nouveau programme de privatisations. Une loi du 19 juillet 1993 [4] a ainsi prévu le transfert au secteur privé de vingt et une sociétés du secteur concurrentiel : quatre banques (*BNP, Crédit lyonnais, Hervet, Société marseillaise de crédit*) ; cinq compagnies d'assurance (*AGF, GAN, UAP*, Caisse nationale de réassurance, Caisse nationale de prévoyance) ; dix entreprises industrielles (Aérospatiale, *Bull, Elf-Aquitaine, Péchiney*, Renault, *Rhône-Poulenc*, SEITA, SNECMA, *Thomson*, Usinor-Sacilor) ; deux compagnies de transport (Air France, Compagnie générale maritime) [5].

---

1. Le contrôle a-t-il toujours été pour autant suffisant ? Des affaires comme celle du Crédit lyonnais ont montré les limites du système.
2. Loi du 2 juillet 1986 et loi du 6 août 1986 (*AJDA* 1987.291, dossier « spécial privatisations »).
3. Décision des 25 et 26 juin 1986 (*JO* 27 juin 1986) ; *GDCC* n° 37 ; *AJDA* 1986.575, note J. Rivero.
4. Loi du 19 juillet 1993 de privatisation (*JO* 21 juill. 1993). V. M. Durupty, « La privatisation banalisée », *AJDA* 1993.712 ; M. Bazex, « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ? » *RFDA* 1994.285.
5. Les sociétés citées en italique figuraient déjà dans la liste de 1986. À cette liste s'est ajoutée en 1996 la Société française de production. Pour suivre l'évolution des privatisations, v.,dans la *RFAP,* la chronique relative au secteur public économique régulièrement tenue par A. Delion et M. Durupty. Ont effectivement

Après 1997, le gouvernement Jospin a continué de réaliser des privatisations. Ont été concernés à des degrés divers : Thomson-CSF, le GAN, le Crédit foncier de France, Air France, les Autoroutes du Sud de la France... sans oublier France Télécom dont 20 % du capital a été privatisé dès l'automne 1997. « Les privatisations, a précisé le Premier ministre, ne sont pas un objectif de ce gouvernement. Certaines résultent de « coups partis » ou d'engagements vis-à-vis de l'Union européenne. Nous les réalisons si les intérêts patrimoniaux de l'État et l'argent des contribuables sont mieux préservés ainsi. Dans le champ industriel, nous avons réalisé des ouvertures de capital, quand c'était la condition de regroupements industriels français ou européens nécessaires pour bien figurer dans la bataille économique mondiale. Nous agissons sans dogmatisme, toujours dans le dialogue avec les personnels concernés, en cherchant l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général [...]. Le secteur public et les services publics sont et restent pour nous tout à fait essentiels » [1]. Résultat : le programme de privatisation a été amplifié et, fin 2000, il ne restait qu'un peu plus de 1 500 entreprises dans lesquelles l'État détenait plus de 50 % du capital (avec des effectifs de 1,1 million de salariés). Et les gouvernements Raffarin et de Villepin ont suivi la même ligne. Ainsi, une loi du 31 décembre 2003 a ouvert la possibilité pour l'État de faire descendre sa participation dans le capital de France Télécom en dessous du seuil de 50 %, donc de privatiser cette entreprise [2], avant qu'EDF, GDF ou encore Aéroports de Paris ne soient à leur tour transformés en sociétés [3].

Finalement, sauf les cas où l'État vend la totalité de ses participations, aux sociétés nationales se substituent, pratiquement, des sociétés dans lesquelles on trouve tout à la fois des capitaux publics et des capitaux privés [4].

B. Les sociétés d'économie mixte

Si l'on définit la société d'économie mixte comme la société dans laquelle certains capitaux sont publics et d'autres privés, il tend à ne plus y avoir au niveau de l'État que des sociétés d'économie mixte : « la présence de l'État dans des entreprises tend à se fonder désormais sauf quelques rares exceptions (SNCF, Réseau ferré de France, La poste...) sur des participations financières, avec un régime de contrôle complet de droit public quand la participation est majoritaire, et un régime enfin organisé sur les bases du droit des sociétés dans le cas des participations minoritaires. En bref, la tendance est en quelque sorte qu'il n'y ait plus que des sociétés d'économie mixte, mais avec deux

---

fait l'objet d'une privatisation totale ou partielle, de 1993 à 1996 : BNP, Rhône-Poulenc, Elf-Aquitaine, UAP, Renault, SEITA, Usinor-Sacilor, Bull, Péchiney, AGF.

1. *Le Monde* du 21 avril 1997. Ce n'est plus le « ni-ni », c'est, comme l'avait auparavant souligné le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, le « et-et » : « **et** le secteur public **et** le secteur privé ».

2. Loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom (*JO* 1er janv. 2004).

3. *Supra*, p. 303. A noter également, parce qu'elle a fait l'objet de vives discussions, la mise en vente (autorisée par décrets, notamment du 8 mars 2006) des participations de l'État dans diverses sociétés d'autoroutes : 50,3 % des autoroutes du Sud de la France, 70,2 % des autoroutes Paris Rhin Rhône, 75,7 % de la société des autoroutes du Nord et de l'est de la France.

4. Et, dès lors que ces sociétés s'intègrent dans un contexte d'ouverture à la concurrence, la question de leur contrôle connaît une évolution importante avec l'institution d'autorités de régulation qui sont des AAI.

régimes tout à fait différents fondés très logiquement sur l'importance de la participation » [1].

À propos de ces sociétés, l'expression même de société d'économie mixte n'est pourtant guère utilisée et ne correspond pas à une notion juridique précise : l'on tend à parler surtout des **participations publiques majoritaires ou minoritaires de l'État**. Et ce sont les réductions de celles-ci ou, à l'inverse, certaines prises de participation qui donnent lieu à controverses. À moins que l'on ne s'interroge sur ce qu'il entend faire de ses actions. Si c'est un actionnaire, quel actionnaire est-il ?[2]

La question du critère d'appartenance des entreprises concernées au secteur public est très complexe. Le Conseil d'État a estimé qu'**une société appartient au secteur public, dès lors que la majorité au moins de son capital social appartient à l'État, aux collectivités publiques, aux établissements publics ou à des entreprises du secteur public** [3]. Une autre question qui s'est tout particulièrement posée est celle du régime juridique applicable aux mouvements de capitaux conduisant à des transferts de propriété au secteur privé (c'est-à-dire à des « privatisations rampantes »). Certes, la Constitution charge le législateur de fixer les règles relatives à ces opérations mais, jusqu'en 1986, la « respiration du secteur public » (l'utilisation de capitaux privés par les entreprises nationales ou les sociétés d'économie mixte) n'a obéi qu'à des normes assez floues : les lois du 2 juillet et du 6 août 1986 ont comblé, au moins partiellement, ces lacunes du droit [4], en délimitant les compétences respectives du Parlement et du gouvernement pour opérer des transferts de propriété.

L'économie mixte s'est aussi considérablement développée *au niveau des collectivités territoriales décentralisées,* niveau auquel s'est imposée véritablement une notion de société d'économie mixte.

Depuis les années 1960, notamment, l'association des capitaux publics et privés, ainsi que la simultanéité des modalités d'action publique et privée, ont paru le moyen efficace pour mener à bien l'essentiel des opérations de construction immobilière et d'aménagement urbain. Mais la multiplication des sociétés d'économie mixte s'est accompagnée de difficultés accentuées par le contexte de crise économique. Trois défauts principaux sont apparus : le lancement d'opérations trop ambitieuses et conçues de façon peu rigoureuse, un contrôle insuffisant par les autorités locales, enfin, un régime juridique incertain quant au fonctionnement et aux activités de ces sociétés. La déconfiture de plusieurs d'entre elles, mettant en cause la responsabilité des collectivités publiques, a montré la nécessité d'une réforme. Elle est intervenue en 1983, à la suite de la loi du 2 mars 1982 relative aux

---

1. A. Delion, « Les sociétés d'économie mixtes : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA* 2005.977.
2. *Infra*, *Pour approfondir*.
3. CE 24 nov. 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique (CFDT)*, et même date, *Schwartz*, *AJDA* 1979.42 note M. Bazex ; 22 déc. 1982, *Comité central d'entreprise de la Société française d'équipements pour la navigation aérienne*, *AJDA* 1983.172. En raisonnant ainsi, lorsque l'État descend au-dessous de la barre des 50 %, l'entreprise sort du secteur public. L'État ne perd pas pour autant nécessairement tout son pouvoir sur cette entreprise (ce que montre un exemple comme celui de France Télécom). Outre son article précité, v. l'ouvrage de G. Delion, *Le droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, « Systèmes », 2003.
4. Lois de 1986 citées *supra*, p. 331 ; M. Durupty, « Aspects récents de la respiration du secteur public », *Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 97.

droits et libertés des communes, des départements et des régions [1]. Tout en préservant une certaine souplesse dans l'action des sociétés, la nouvelle loi fixe des conditions précises pour leur constitution, et donne aux élus locaux des moyens effectifs de contrôle. Le champ d'intervention est large mais délimité. En effet, « les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des **sociétés d'économie mixte locales** qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement a d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général » (CGCT, art. L. 1521-1).

Les collectivités territoriales doivent détenir, séparément ou à plusieurs, plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants de ces sociétés. Celles-ci, quant à leur fonctionnement, sont soumises, sous réserve de dispositions dérogatoires, à la législation relative aux sociétés commerciales. Le contrôle de l'État s'effectue selon plusieurs modalités : le représentant de l'État est le préfet ; il a un droit d'information sur les délibérations des organes de gestion et il doit saisir la Chambre régionale des comptes pour avis en cas de difficulté financière. Cette procédure n'entraîne pas de sanction, mais par ailleurs, la Chambre régionale des comptes vérifie les comptes des sociétés et peut imposer un redressement en cas d'irrégularité.

Si le principe de la société d'économie mixte est la collaboration entre capitaux publics et capitaux privés, la formule est assez souvent vidée de son sens par la constitution de sociétés qui ne regroupent que divers capitaux publics. C'est alors une technique souple de collaboration entre institutions publiques (la Caisse des dépôts et consignations étant présente dans de nombreux cas) [2].

---

1. Loi du 7 juillet 1983, relative aux sociétés d'économie mixte locales (*JO* 8 juill. 1983) ; comm. Cl. Deves, « Nouveau départ pour l'économie mixte locale ? », *AJDA* 1983.596 ; et du même auteur, « À quoi sert l'économie mixte ? », *RFAP* 1987, n° 42, p. 27.

2. Selon la loi du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixtes locales (*JO* 3 janv. 2002 ; comm. C. Deves, *AJDA* 2002.139), « la participation des actionnaires autres que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut être inférieure à 15 % du capital social ». Antérieurement, c'était 20 %. V. aussi, dossier *RFDA* 2005.946 (« Les sociétés d'économie mixte. Bilan et perspectives », colloque organisé au Sénat le 27 mai 2005 – Alors la Fédération des sociétés d'économie mixte en recensait 1 152 et, selon Cl. Boiteau, p. 947, « moins de la moitié » étaient délégataires de service public ; « selon d'autres décomptes, il y aurait aujourd'hui, un total de 1 500 sociétés d'économie mixte locales »).

POUR APPROFONDIR

LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

1. La *multiplication des établissements publics* au cours du XXe siècle, et particulièrement depuis la Seconde Guerre mondiale, conduit à s'interroger sur les motifs de ce phénomène. Le Conseil d'État, dans son rapport de 1971 sur la réforme des établissements publics (cité, *supra*, p. 315), a montré que la diversité des motifs révélait au fond une absence de doctrine administrative quant à la création de telles institutions (p. 10) :

> **1° Motifs classiques de création**
>
> Au siècle dernier et au début de celui-ci, la personnalité juridique était au centre de la notion d'établissement public. Les premiers établissements n'avaient pas été, à proprement parler, créés en tant que tels ; des juristes avaient donné cette qualification à des personnes morales publiques qui ne relevaient d'aucune catégorie existante.
>
> La personnalité morale de ces établissements pouvait reposer sur deux fondements principaux.
>
> Des institutions religieuses, charitables, littéraires ou savantes, généralement héritées de l'ancienne France, jouissaient de liberté, d'un prestige moral et d'une indépendance financière fondée sur un patrimoine. Elles avaient pour elles la durée et l'autorité qui s'y attache.
>
> L'établissement public pouvait être aussi un groupe humain qui, sans constituer une collectivité territoriale, recevait une représentation légale apte à exprimer ses volontés.
>
> Les motifs de création liés à la personnalité morale continuent de jouer et reçoivent même des applications nouvelles.
>
> La personnalité permet de garantir l'affectation à des fins déterminées de certaines ressources qui ne sont pas seulement d'ordre fiscal. Elle favorise ainsi l'appel au crédit public, peut attirer des libéralités et faciliter la contribution au financement du service des personnes qui bénéficient de l'activité de celui-ci.
>
> De même, d'assez nombreux établissements publics et, dernièrement, la vaste catégorie des établissements à caractère scientifique et culturel prévue par la loi d'orientation de l'enseignement supérieur, sont nés de l'attribution d'une mission de service public et des pouvoirs et obligations correspondant à des collectivités humaines autres que territoriales.
>
> Au confluent de courants anciens de décentralisation par services et de développement des formes de représentation officielle de catégories socioprofessionnelles, l'établissement public apparaît comme l'un des cadres privilégiés pour organiser la participation des intéressés à la gestion des services.
>
> **2° Motifs nouveaux**
>
> Mais ces motifs de création liés à la personnalité morale ne suffisent plus à rendre compte de tout le mouvement actuel en faveur de « la formule de l'établissement public ».
>
> À la frontière de plus en plus mouvante et incertaine des activités collectives publiques et privées, l'établissement public est, avec l'association chargée d'un service public, l'une des solutions de transition ou de compromis entre les deux extrêmes possibles : l'étatisation et le caractère purement privé de l'activité en cause.
>
> L'établissement public apparaît aussi comme un cadre privilégié pour la coopération entre États ou entre organismes publics étrangers, notamment dans le domaine de la

coopération culturelle et technique. Parfois même, il permet aux États de coopérer dans des domaines où il leur serait difficile de s'engager directement.

Sur un plan plus général, l'établissement public est l'un des moyens de pallier certains inconvénients des structures administratives. On dit de lui qu'il est un démembrement de l'Administration ; c'est vrai quand il est créé pour individualiser une mission et un organisme et les extraire des cadres administratifs généraux. Mais il peut être aussi une technique de regroupement et il arrive souvent que ces deux aspects soient complémentaires.

Ainsi en ce qui concerne les collectivités locales, l'établissement public, sous une forme à la fois ancienne et rénovée, telle que celle du syndicat de communes à vocation multiple, ou sous des formes nouvelles telles que les districts urbains, les communautés urbaines, les « villes nouvelles », les établissements chargés de l'aménagement de certaines zones, permet de remédier à l'étroitesse de certaines communes ou aux conséquences du découpage de leur territoire et de préfigurer de nouvelles communes, voire des collectivités régionales.

Dans le domaine de l'État, un nombre croissant d'établissements publics sont créés pour remédier à la lourdeur de certaines structures centrales, trop vastes et où des responsabilités excessives pèsent sur trop peu d'épaules. Ils servent aussi à corriger les conséquences fâcheuses de la nécessaire répartition des tâches entre les différents ministères et, au sein des ministères, entre les différentes directions. L'établissement public se présente ainsi comme un moyen de coordination des actions ou de regroupement des tâches à un niveau de responsabilité plus proche des réalités que dans les structures centrales.

Enfin, l'établissement public apparaît de plus en plus souvent comme l'un des moyens d'organiser une administration qui comporte une part importante de prestations ou qui doit se montrer « opérationnelle ». Dès lors que l'activité d'un service ne consiste plus seulement à édicter des règles, à prendre des décisions ou à contrôler, mais à agir concrètement, on tend à créer un établissement public. S'il en est ainsi, c'est que l'établissement apparaît comme le moyen d'échapper ou de déroger à certaines règles des services en régie jugées trop rigides, trop contraignantes ou simplement gênantes, que ce soit en fait de fonction publique, de budget, de comptabilité, de passation des marchés, de gestion du domaine, etc.

C'est cette dernière série de raisons qui explique la création de la plupart des établissements publics nouveaux.

Certes, comme toutes les raisons négatives, cette véritable motivation du recours à l'établissement public est rarement exprimée. Le Conseil d'État en a fait fréquemment l'expérience lorsqu'il cherche à s'informer sur les motifs de création d'un nouvel établissement public.

Cette discrétion est due en partie à ce qu'il entre dans le recours à l'établissement public une part d'entraînement et, pourrait-on dire, de mode. Créer un établissement, c'est manifester une volonté d'agir, c'est paraître sortir du moule administratif classique, c'est offrir aux fonctionnaires qui seront chargés de l'animer des possibilités accrues d'initiative.

3° Le mirage de l'établissement public

Justifiés par des motifs souvent peu sincères, les établissements sont loin de tenir toujours leurs promesses. Avec l'accroissement de leur nombre sont venues les restrictions au régime d'autonomie. Les contrôles ont été renforcés. Leur rigueur, les détails dans lesquels ils entrent, l'esprit qui les anime dépendent beaucoup de la personnalité de ceux qui les mettent en œuvre. Mais il n'est pas exclu qu'après avoir été extrait de l'ensemble administratif dont il faisait partie, le service doté de la personnalité constate que tutelle, contrôles et inspections ne lui laissent pas plus de liberté qu'auparavant.

C'est ce qui explique qu'à l'engouement pour les établissements publics s'ajoute depuis plusieurs années une faveur particulière pour le **statut d'établissement public industriel ou commercial.** Celui-ci ne correspond plus seulement à des services

constituant une entreprise ou participant étroitement de ce caractère. Il devient de plus en plus souvent le **moyen de bénéficier d'un régime encore plus dérogatoire** au droit commun, notamment en ce qui concerne la rémunération et le recrutement du personnel, quelle que soit la nature de l'activité du service.

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, des restrictions ont été aussi apportées au statut théorique de l'établissement public à caractère industriel ou commercial dont on peut dire qu'il est modelé dans chaque cas en fonction de facteurs dont certains ne sont pas toujours liés à la nature de l'activité du service. D'où un mouvement en faveur, cette fois, de l'institution de forme privée, forme ultime de l'évasion hors du « carcan administratif ».

2. L'*hétérogénéité des établissements publics* a souvent laissé perplexe, en particulier lorsque sont apparus les établissements publics territoriaux. En 1974, André de LAUBADÈRE a analysé les critères de cette formule incertaine, ses failles et ses inconvénients dans : « Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. À propos des groupements de collectivités territoriales » (article reproduit dans *Pages de doctrine*, LGDJ 1980, t. I, p. 95).

L'*opportunité de la création* d'établissements publics a, en permanence, elle aussi retenu l'attention, notamment en matière d'activités industrielles et commerciales, conduisant à poser toujours les mêmes questions. L'établissement public est une personne publique et, en tant que tel, se voit appliquer certaines règles de droit public. N'entravent-elles pas inutilement sa liberté commerciale ? Ne nuisent-elles pas à son efficacité économique ? En ce sens : Yves GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité) », *Mélanges Drago*, Economica, 1996. Inversement, le statut de personne publique ne place-t-il pas l'EPIC dans une situation « avantageuse » au regard de la concurrence ?

Cette dernière question vaut pour toute personne publique. Elle a conduit à poser plus précisément le *problème de la compatibilité du régime juridique des personnes publiques avec la liberté de concurrence*. Le Conseil d'État dans son rapport public 2002 (*Collectivités publiques et concurrence*, La Documentation française, 2002) répond qu'il n'y a pas en principe incompatibilité : « il ne faut pas oublier, explique-t-il p. 266, que les contraintes spécifiques liées à la personnalité publique et à la gestion d'un service public peuvent contrebalancer certains avantages ». En tout état de cause, ajoute-t-il en citant un avis du Conseil de la concurrence, « le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques » ni davantage qu'ils aient le même statut juridique. V. aussi, Gabriel ECKERT, « l'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002.

Pour ce qui est des EPIC, néanmoins, le questionnement s'est radicalisé : D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP / CJEG*, n° 629, mars 2006, p. 105. Les « contraintes spécifiques » tout autant que « certains avantages sont en cause : « aujourd'hui, alors que les avantages mêmes, sans lien étroit avec l'idée de service public dans la jurisprudence française, se muent en handicaps, ni le principe de spécialité inhérent à la logique même de l'établissement public, ni l'absence de certaines souplesses capitalistique et organisationnelle ne sont plus perçus souvent, comme des contreparties légitimes... » (M. LOMBARD, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006.79). **« EPIC = aide d'État »**, devient un slogan, une formule qui paraît désormais l'interdire parce que contraire au droit communautaire. Ne suffit-il pas pour s'en convaincre de lire les décisions de la Commission européenne condamnant la garantie illimitée propre au statut de l'EPIC ? (v., par exemple, *AJDA* 2005.2379 ; à propos d'une décision du 1er juillet 2005 relative à l'aide au Laboratoire national d'essais). Le débat reste quand même ouvert : « le lien entre le droit communautaire et l'abandon de la formule de l'EPIC, estime Martine LOMBARD (article précité), devrait être pourtant nuancé, même s'il conduit souvent à présenter l'évolution comme subie plus que choisie. L'alibi n'est pas loin, en réalité, lorsque les États disposent d'un libre choix mais que la France décide pour des raisons propres d'opter pour la forme de la société ».

LES INSTITUTIONS SPÉCIALISÉES AUTRES QUE LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

1. Les rapports entre les **associations** et l'Administration constituent un thème toujours très actuel. En effet le développement du phénomène associatif, qui s'est accéléré depuis une vingtaine d'années, s'est accompagné d'un rapprochement important mais assez paradoxal entre cette institution et l'action administrative. Conçues en 1901 comme des regroupements d'intérêts particuliers, les associations en sont venues à assurer des missions de service public, à exercer des prérogatives de puissance publique, sinon à être dans certains cas des organes exécutifs d'une politique publique.

L'intérêt d'une étude sur cette question est de dégager les interactions entre la formule de l'association et l'appareil administratif. N'y a-t-il pas dénaturation par récupération de l'association ? Dans quelle mesure peut-on clarifier les rapports entre la puissance publique et les groupements privés ?

Outre le n° spécial *AJDA* 1980 et le rapport public 2000 du Conseil d'État, cités p. 327, on peut lire : André HOLLEAUX, « Le phénomène associatif », *RFAP* 1978.19 ; Jacques CHEVALLIER, « L'association entre public et privé », *RDP* 1981.887 ; Dossier « Les relations contractuelles entre les associations et les collectivités territoriales », *AJDA* 2 002,894.

Voir aussi le site internet *association.gouv.fr*, auquel conduit le propre site du *ministère de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative*. La création, dans le gouvernement de Villepin, de ce ministère a été présentée comme l'expression de la volonté de rénover le partenariat entre l'État et le monde associatif – avec un *Conseil national de la vie associative* également rénové.

Signe des temps, comme en d'autres domaines, on parle beaucoup de partenariat. Tel était déjà l'un des enjeux, en 1999, d'Assises nationales de la vie associative : *instituer un « véritable partenariat »* dans les relations qu'entretiennent les pouvoirs publics et les associations. À cette fin, le centenaire de la loi du 1er juillet 1901 avait été marqué par la signature d'une « charte d'engagements réciproques » entre l'État et les associations. Et, en janvier 2006, s'est encore tenue une Conférence nationale de la vie associative.

2. S'agissant des entreprises publiques, beaucoup étant des sociétés, l'un des problèmes aujourd'hui très discuté, lié à la question du « gouvernement d'entreprise », est celui de l'**État actionnaire.** En effet, en dépit des privatisations, l'État demeure, et de très loin, le premier actionnaire de France. Quel actionnaire est-il ? Est-il un bon actionnaire ? Faut-il en juger par comparaison avec le comportement supposé d'un actionnaire privé ou au regard de sa capacité à faire prévaloir les exigences de l'intérêt général ? Il faut lire les manuels de droit public économique. Dans l'un d'eux, Jean-Philippe COLSON (*Droit public économique*, 3e éd., LGDJ, manuel, 2001) pose ainsi le problème, p. 357 :

> Il est certain que l'émiettement de la tutelle, à la fois patrimoniale, financière et technique, la diversité des intérêts des acteurs publics, l'absence d'exigences fortes de rentabilité de capitaux provenant des contribuables, se conjuguent pour expliquer que l'État ne saurait être un actionnaire comme les autres. Cependant, la thèse qui discrédite *a priori* l'État-actionnaire fait bon marché du redressement qu'ont connu les entreprises nationalisées en 1981. Elle ne dit pas non plus ce qu'est un « bon actionnaire ».
>
> Est-ce celui qui poursuit d'abord le développement de son entreprise (thèse managériale), celui qui cherche une valorisation financière immédiate (théorie de l'agence), comme le réclament certains fonds de pension, ou encore celui qui entend conserver un certain contrôle par divers mécanismes (auto-contrôle, participations croisées) ?
>
> On retrouve ici nombre d'interrogations qui ne s'appliquent pas seulement à l'État actionnaire, mais qui renvoient à la définition de l'intérêt social de toute entreprise.

Un rapport effectué en 2003, à la demande du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, sur l'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques (Rapport BARBIER DE LA SERRE, www.minefi.gouv.fr) a montré que l'État n'exerce pas sa fonction d'actionnaire de façon satisfaisante. Sur la base des recommandations de ce rapport, a été

décidée la création de l'*Agence des participations de l'État*. Reste à voir si cette structure (un service à compétence nationale, placé sous l'autorité du ministre et rattachée à la direction générale du Trésor et de la politique économique) permettra de clarifier le rôle et les missions que l'État actionnaire doit assurer, et garantir à la fois les intérêts de l'État et ceux des entreprises (et de leurs actionnaires minoritaires) – Ses rapports sont disponibles sur son site internet.

Dossier 7

La fonction publique

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. La notion d'agent public
Chapitre 2. Les sources du régime juridique de la fonction publique
Chapitre 3. Le recrutement et la carrière des fonctionnaires
Chapitre 4. Les droits et obligations des fonctionnaires

La fonction publique française présente une spécificité qui découle de données historiques et politiques, particulièrement de la centralisation du pouvoir (impliquant l'idée de hiérarchie) et de la supériorité de l'État (dont la mission est de répondre à l'intérêt général).

Le régime juridique de la fonction publique est original par rapport au droit privé du travail [1]. Tous les personnels de l'administration sont soumis, selon diverses modalités, à des règles spéciales, et, pour une grande partie de ces personnels, leur situation est liée à la notion de carrière. Les conceptions traditionnelles ont certes évolué. Les revendications relatives aux libertés et aux garanties ou la tendance à la décentralisation ont pu assouplir des réglementations et la subordination hiérarchique. De même, l'extension des activités a entraîné le recrutement d'agents selon les règles du droit privé. Cependant, jusque récemment, le fond du régime de la fonction publique n'a pas radicalement changé. La mission de l'Administration est marquée par le *service public*, nécessitant des *règles dérogatoires au droit commun*. Tous les États européens connaissent un système similaire de fonction publique, malgré des différences sensibles [2]. En revanche, aux États-Unis, en dépit d'un certain reflux du *spoil system* et de l'émergence d'éléments d'un *merit system*, la fonction publique n'a jamais été dotée d'une réelle spécificité. Seules ont pu être instituées quelques garanties qui, pour l'essentiel, jouent au stade du recrutement et du licenciement des agents. Mais il n'a jamais été question de créer une Administration de

---

1. V. D. Ruzié, *Les Agents des personnes publiques et les salariés en droit français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 27, 1960. Comme en toute autre matière, malgré l'autonomie respective des deux régimes juridiques, il y a toujours eu également des principes communs et un emprunt réciproque de techniques diverses, v. J.-L. Bodiguel, C.-A. Garbar, A. Supiot (dir.), *Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique*, PUF, 2000.

2. « Les fonctions publiques de l'Europe des douze », *RFAP* 1990, n° 55 ; A. Claisse et M.-C. Meininger, *Fonctions publiques en Europe*, Montchrestien, « Clefs », 1994 ; J. Ziller, *Administrations comparées*, Montchrestien, « Précis Domat », 1993 ; Contributions sur l'Italie et la Grande-Bretagne, dans CE, *Rapport public 2003*, « Perspectives pour la fonction publique », La Documentation française, *EDCE* n° 54.

type européen et la tendance contemporaine est plutôt à la « réintégration dans le droit commun du droit — faiblement — spécifique de la fonction publique » [1].

Si elles ne sont pas si radicales, en France aussi, de profondes évolutions sont en cours, qui devraient s'accélérer sous l'effet conjugué du droit communautaire et des exigences managériales mises en avant pour la réforme de l'État. Incontestablement, le droit de la fonction publique est à la croisée des chemins ; ce qui ne veut pas forcément dire qu'il est en voie de perdre sa spécificité : « ce qui est en cause en effet, c'est moins les fondements de notre droit de la fonction publique et ses principes de base, que son organisation interne, ses mécanismes et ses structures de gestion » [2].

---

1. G. Calves, « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé ? », Rapport précité.
2. M. Pochard, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA* 2003.1906 (dans un dossier sur « le droit de la fonction publique au risque du droit communautaire ») — Conseiller d'État, rapporteur général de la Section du rapport et des études, Marcel Pochard a été le maître d'œuvre du *Rapport public 2003* du Conseil d'État. Il a précisé ses analyses notamment dans : *RA* 2004, n° 238, p. 179 (Actes d'un colloque organisé, en 2003, à l'Assemblée nationale par le Conseil d'État) ; « Le dur réveil des fonctionnaires », *État d'urgence. Réformer ou abdiquer : le choix français* (dir. R. Fauroux et B. Spitz), Robert Laffont, 2004, p. 163.

Chapitre 1

La notion d'agent public

Les expressions d'agent public et de fonction publique sont susceptibles d'acceptions diverses. Pour le droit, et notamment pour le juge, la notion de fonctionnaire est étroite et très spécifique. Mais dans le sens le plus large, utilisé dans le vocabulaire courant, on peut considérer comme « fonctionnaires » toutes les personnes travaillant dans le secteur public : agents des administrations de l'État, des collectivités territoriales, des entreprises publiques et des services publics à gestion entièrement ou partiellement privée (par exemple, la Sécurité sociale). Les effectifs du secteur public ont fini par dépasser les 6 millions de personnes, un salarié sur trois travaillant alors dans le secteur public.

Une autre approche, plus restreinte, est possible en utilisant le critère budgétaire : sont alors tenus pour fonctionnaires les agents dont la rémunération est inscrite au budget d'une personne publique à laquelle ils sont ainsi rattachés [1]. Il est certain que le critère financier a un impact assez fort dans l'opinion publique en raison de la corrélation établie entre les charges fiscales et les traitements des agents publics. Mais les agents payés par les collectivités ou établissements publics ne sont pas tous des fonctionnaires au sens strict ; tout dépend de leur statut juridique.

De ce point de vue, on distingue d'abord les *agents régis par le droit public*, par opposition à ceux régis par le droit privé (droit commun du travail). Il faut ensuite opérer des distinctions dans la catégorie des agents régis par le droit public. Il y a des **agents contractuels de droit public** (c'est-à-dire liés à leur service par un contrat administratif) et des **agents statutaires.** Enfin, parmi ces derniers, la principale catégorie est celle des *fonctionnaires stricto sensu* [2].

---

1. Selon le *rapport annuel sur l'état de la fonction publique : faits et chiffres 2005-2006* (sur le site internet du ministère de la fonction publique ; avec aussi le *rapport d'activité ministériel de la fonction publique* qui fait le point sur les « grands dossiers » de la fonction publique), au 31 déc. 2004, les trois fonctions publiques employaient 5,1 millions de personnes. Il y en avait 2 543 112 dans la fonction publique de l'État (51 % du total) – chiffre pour la première fois en baisse : moins 0,7 % par rapport à 2003 ; 1 573 276 étaient dans la fonction publique territoriale (30 %) et 992 064 dans la fonction publique hospitalière (19 %) – chiffres toujours en hausse : respectivement, plus 3,4 % et plus 2,9 %.
« À la marge de ce périmètre » (comprenant les EPIC comme La Poste et la SNCF, les GIP, les organismes consulaires et divers autres « organismes privés à financement public prédominant »), s'ajoutaient encore plus de 1, 5 million d'emplois – l'emploi total en France étant de 24, 7 millions d'emplois ».

2. Malgré ces distinctions — qui sont essentielles — la catégorie des agents publics contractuels n'est pas en pratique fondamentalement différente de celle des agents statutaires. Le rapprochement vient du fait que très souvent la situation juridique des contractuels, bien que nettement moins protégée que celle des fonctionnaires, est fixée par des règlements : par rapport au contrat, le régime est prédéfini unilatéralement

Section 1
Les agents contractuels

L'existence de cette catégorie d'agents soulève deux questions : d'une part, celle de la politique de recrutement, d'autre part, celle de la distinction entre contractuels de droit public et de droit privé.

§ 1. Le recrutement de contractuels par l'administration

L'Administration utilise depuis longtemps le procédé du *contrat* pour recruter du personnel. Elle trouve là une commodité pour ajuster les effectifs en fonction des besoins, et pour répondre aussi à des exigences techniques de qualification. Alors que le recrutement de fonctionnaires par voie de concours et l'intégration définitive dans l'Administration par la titularisation est une procédure très contraignante, la souplesse du contrat offre des possibilités d'action efficaces dans un grand nombre de services publics.

Mais le développement de la catégorie des contractuels peut faire naître des difficultés. Ces agents ne bénéficient pas de toutes les garanties des fonctionnaires (dont la sécurité de l'emploi) alors qu'ils ont les mêmes devoirs, notamment la soumission aux obligations de service public.

Des politiques de limitation de ce type de recrutement — et corrélativement d'intégration de contractuels dans la fonction publique — ont en conséquence été revendiquées par les syndicats de fonctionnaires et les partis politiques de gauche. La loi de 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires tendait à réduire, voire même à interdire, l'emploi de contractuels par les administrations. Elle posait le principe selon lequel les emplois permanents de ces dernières doivent être occupés par des fonctionnaires. La loi de 1984 relative aux dispositions statutaires de la fonction publique de l'État précise les conditions dans lesquelles il peut être dérogé à cette prescription. En 1987, le législateur a de nouveau jugé nécessaire, à la demande du gouvernement, d'assouplir les conditions de recrutement des contractuels : il est toujours possible lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires aptes à remplir telle ou telle fonction ; il l'est dans la catégorie A (la plus élevée) « lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient » ; enfin la durée d'emploi, antérieurement limitée à six ans, est indéfinie. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la question de la *résorption des emplois précaires* s'est à nouveau posée dans les années 1990. Suite à un protocole, signé en mai 1996, entre le ministre de la Fonction publique et six organisations syndicales, la loi du 16 décembre 1996 comprend trois volets : la titularisation progressive de contractuels remplissant certaines conditions par des concours spécifiques, l'extension des avantages sociaux des titulaires aux contractuels ; la clarification et l'harmonisation des situations de ceux-ci. Cependant, ces dispositions sont encore restées insuffisantes et une nouvelle loi, en 2001 (suite à un

---

par l'Administration. C'est ainsi qu'un décret du 17 janvier 1986 fixe pour les agents non-titulaires de l'État et de ses établissement publics (« à l'exception des agents en service à l'étranger et des agents engagés pour exécuter un acte déterminé ») les règles relatives au recrutement, au régime des congés, aux conditions d'emploi, à la durée des contrats, à la discipline et au licenciement. Souvent les intéressés sont qualifiés de « vacataires », terme vague qui peut poser la question de l'application ou non du décret de 1986 (V. CE 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'INSEE*, *AJDA* 2003.1115, concl. G. Le Chatelier).

protocole d'accord du 10 juillet 2000) a prévu l'intégration, dans les cinq ans, dans les corps de fonctionnaires, d'agents non titulaires de droit public répondant à certaines conditions (le recrutement s'effectuant par la voie de concours réservés ou d'examens professionnels) [1].

Est-ce encore d'actualité ? L'époque n'est-elle pas de nouveau à la libéralisation du recours à des agents contractuels [2] ? Présentée comme destinée à mettre fin aux « contrats à répétition », la loi du 26 juillet 2005 [3] prévoit la transformation automatique des contrats à durée indéterminée en *contrats à durée déterminée* s'ils sont reconduits au-delà d'une durée totale de 6 ans. Devraient ainsi pouvoir être évités les plans de résorption de l'emploi précaire, mais seront pérennisées les situations contractuelles – Ce qui pose la question des garanties accordées aux personnels concernés [4].

§ 2. La distinction entre les agents contractuels de droit public et de droit privé

Un agent lié à l'Administration par un contrat peut être un agent public ou un salarié de droit privé.

Pratiquement, le problème de la distinction se pose lorsque survient un litige et donc l'obligation de déterminer la juridiction compétente : s'il s'agit d'un agent public, le droit applicable est le droit public, par conséquent le juge compétent est le juge administratif ; s'il s'agit d'un agent de droit privé, le juge compétent est le juge judiciaire et celui-ci réglera le problème sur le fondement du droit privé du travail.

Les solutions dépendent de la **qualification du contrat** (liant l'agent à l'Administration), laquelle, comme toujours en droit administratif, peut résulter de l'application pure et simple d'une *loi* ou des *critères jurisprudentiels* que le juge a lui-même dégagés.

A. Les contractuels de droit public

Jusqu'en 1996, pour qualifier le contrat en cause de **contrat administratif,** il fallait, à défaut de loi, qu'existent des clauses exorbitantes du droit commun ou qu'il y ait participation directe de l'agent à un service public administratif.

Ce dernier critère, depuis 1954 tout au moins, était apparemment clair et bien affirmé : relevaient du droit public « tous les agents — quelles que soient les clauses de leur contrat

1. Loi du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale (*JO* 4 janv. 2001) ; comm. P. F. Fressoz, *AJDA* 2001.472.
2. Posant la question, le Rapport public 2003 du Conseil d'État répond par la négative et se demande (p. 342) « s'il ne vaudrait pas mieux assouplir les règles statutaires et supprimer ainsi plus fondamentalement la cause du recours désordonné aux contractuels ». Est alors envisagée la création d'un *« contrat d'affectation d'emploi »* (« Il s'agirait, dans la voie nouvelle explorée, d'admettre que le régime juridique applicable à un fonctionnaire en position d'activité puisse découler à la fois de son statut et d'un contrat qu'il a lui-même négocié et conclu avec son autorité gestionnaire »).
3. Loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (*JO* 27 juill. 2005) (comm. J.-M. Lemoyne de Forges, *AJDA* 2005.2285).
4. D'autres contrats constituent une étape préalable à l'accès à la fonction publique sans concours (v. *infra*, p. 359, sur le PACTE).

— qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public administratif dont ils font partie, qui collaborent au but poursuivi par ce service [1] ».

Incontestablement, la conception de la « participation directe » à l'exécution du service était très extensive [2]. Il restait malgré tout des cas difficiles à interpréter et qui ne pouvaient que susciter des critiques. Par exemple, s'il est admissible de considérer que des fonctions exercées à la buanderie d'un centre hospitalier régional (CHR) ne constituent pas une participation directe à l'exécution même du service public de la santé [3], il est très contestable d'affirmer, comme l'a fait le Tribunal des conflits [4], qu'une personne employée comme serveuse dans un restaurant universitaire ne participe pas directement, eu égard à la nature de son emploi, à l'exécution du service public dont est chargé le centre régional des œuvres universitaires et scolaires (CROUS) alors qu'en l'espèce ce service public consiste précisément à fournir des repas aux étudiants. En outre, les solutions retenues ont souvent pu apparaître d'une subtilité excessive et d'une complexité déconcertante : ainsi, a-t-il été jugé que la femme de ménage d'une école est dans une situation de droit privé quand son rôle se borne à des opérations de nettoyage, d'entretien et de chauffage mais dans une situation de droit public si elle est chargée d'assurer, en l'absence d'une institutrice, la garde des enfants car cette fonction est un élément du service public assuré par l'école [5].

Certaines jurisprudences tendaient à simplifier pour éviter des solutions comme celles de l'arrêt *Mazerand* [6]. Elles n'empêchaient pas de souhaiter un abandon pur et simple du critère de la participation directe au service public. C'est chose faite : dans un arrêt *Berkani* du 25 mars 1996, le Tribunal des conflits considère que *« les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »* [7].

Depuis, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a précisé que les agents exerçant alors certaines fonctions (du niveau de la catégorie C, par exemple, dans les services de gardiennage ou restauration) bénéficiaient d'un contrat à durée indéterminée, étant entendu que, dans l'année suivant la publication de la loi, ces agents ont pu demander que leur contrat soit un « contrat de droit privé soumis aux dispositions du code du travail ». Par ailleurs, quand une personne publique reprend en régie, dans le cadre d'un service public administratif, des activités

---

1. Conclusions J. Chardeau sur les arrêts, CE 4 juin 1954, *Sieur Vingtain*, et 4 juin 1954, *Sieur Affortit*, *R.* 342.
2. Exemples de contrats administratifs par application de ce critère : le contrat d'un entraîneur national recruté par l'État et mis à la disposition d'une fédération sportive en vue de la préparation des jeux olympiques (TC 17 janv. 1994, *Préfet de Paris*, *RDP* 1995.1372) ; le contrat d'une personne recrutée par une commune pour assurer les relations publiques d'un orchestre national (TC 17 janv. 1994, *Préfet de la Gironde et Ville de Bordeaux*, *ibid.*).
3. TC 27 avr. 1981, *Andréani*, *R.* (*tables*) 775.
4. TC 19 avr. 1982, *Mme Robert c/CROUS de Rennes*, *R.* (tables) 645, *D.* 1982.546, note J. Imbert.
5. TC 25 nov. 1963, *Dame Mazerand*, *R.* 792.
6. TC 26 nov. 1990, *Sallièges*, *R.* 40 ; TC 22 juin 1992, *Mme Rouquier*, *R.* 836.
7. TC 25 mars 1996, *Berkani*, *AJDA* 1996.399, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 355. Sont concernés les services publics administratifs « gérés par une personne publique » (TC 3 juin 1996, *Gagnant*, et TC 7 oct. 1996, *Préfet des Côtes d'Armor*, *RFDA* 1997.186 et 188). À noter, à partir de cet arrêt, une intéressante réflexion théorique sur « l'acte de qualification juridique » (en l'occurrence, la qualification d'agent public) : O. Cayla, « L'inexprimable nature de l'agent public », *Enquête,* n° 7, 1998, p. 75.

jusque-là exercées par des personnes privées, telles des associations, la loi du 26 juillet 2005, l'oblige à proposer un contrat de droit public aux salariés de droit privé concernés [1].

B. Les agents de droit privé

– Les agents relevant des **services publics industriels et commerciaux** sont, en principe, des agents de droit privé, et le contentieux qui les concerne est judiciaire. Dans ces services, deux personnes ont, seules, la qualité d'agents publics : l'agent chargé de la direction de l'ensemble des services (le directeur général), et le chef de la comptabilité (s'il est comptable public) [2]. En fait, l'inventaire des agents employés dans les services publics industriels et commerciaux montre que beaucoup d'entre eux sont des fonctionnaires [3]. Et, même si le lien entre les agents de droit privé et l'employeur est considéré comme contractuel, les personnels de certaines entreprises publiques (EDF, SNCF...) sont dotés de statuts ayant une portée générale : il y a, en quelque sorte, incorporation de dispositions réglementaires dans les contrats.

– Les agents des **caisses locales de Sécurité sociale** sont également régis par une convention collective conclue selon le droit commun du travail. Ce qui n'empêche pas les cadres d'être recrutés par concours et formés dans une école de l'État.

– Dernière en date des grandes catégories de contractuels de droit privé : celle des **« emplois-jeunes »** créés par la loi du 16 octobre 1997. Selon cette loi, l'État peut conclure avec les collectivités locales et leurs établissements publics, les autres personnes morales de droit public, les organismes de droit privé à but non lucratif, les personnes morales chargées de la gestion d'un service public et les associations régies par la loi du 1er juillet 1901, des conventions pluriannuelles prévoyant l'attribution d'aides pour la mise en œuvre d'activités nouvelles créatrices d'emplois pour les jeunes dans les domaines des activités sportives, culturelles, éducatives, d'environnement et de proximité. Les contrats

---

1. Article 20, loi citée p. 361, note 1 ; comm. P. Collière, *AJDA* 2006.1018.
2. CE 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, *R.* 158.
3. Une disposition qui a pour effet de transformer un établissement public administratif en un établissement industriel et commercial n'apporte par elle-même aucune modification en principe au statut du personnel et n'implique pas la perte par ce personnel de la qualité de fonctionnaire (CE 29 janv. 1965, *Sieur L'Herbier*, *AJDA* 1965.103). De même, les agents des « exploitants publics », La Poste et France Télécom, créés par la loi du 2 juillet 1990, ont gardé leur qualité de fonctionnaires (bien que ces exploitants aient été apparentés à des établissements publics industriels et commerciaux). Un avis du Conseil d'État a précisé qu'ils pourraient encore la garder en cas de privatisation, à condition qu'il y ait toujours des missions de service public, que l'État détienne majoritairement le capital de la nouvelle société et dispose du droit de libre nomination et révocation de son président (avis du 18 nov. 1993, *AJDA* 1994.463, comm. L. Richer : le Conseil d'État déduit de la Constitution et des lois relatives à la fonction publique « un principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public »). C'est ainsi que la loi du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, tout en faisant de cette entreprise une société de droit privé « dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social », a admis que les personnels ayant le statut de fonctionnaire le conservent. Des recrutements de fonctionnaires sont même restés possibles « jusqu'au 1er janvier 2002 », étant entendu — et c'est là sans doute à terme l'essentiel — que « France Télécom emploie librement des agents contractuels sous le régime des conventions collectives ». La loi du 31 décembre 2003 (V. *infra*, p. 332) paraît certes remettre en cause le lien unissant fonction publique et service public : alors que l'État peut ne plus détenir la majorité de son capital et qu'il devient un opérateur parmi d'autres, France Telecom peut continuer à employer des fonctionnaires (106 000 au 31 déc. 2002)... Mais, dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État à souligné le « caractère transitoire » de cette situation (V. *Rapport public* 2004, p. 55 ; et, pour un commentaire critique, F. Melleray, *AJDA* 2003.2078).

avec ces jeunes, de droit privé, sont en principe d'une durée de cinq ans, non renouvelables [1]. Il y en avait 207 000 fin juin 2001. Suite au changement de majorité de 2002, le dispositif n'a toutefois pas été reconduit.

Section 2 *Les agents statutaires*

Entrent dans cette catégorie tous les agents qui sont dans une situation légale et réglementaire ne laissant place à aucun élément contractuel.

§ 1. Diversité des agents statutaires

a) Le cas des **auxiliaires** est assez ambigu. À l'origine recrutés pour des tâches temporaires et de façon limitée, ils sont devenus des « pseudo-fonctionnaires » recrutés massivement dans certains domaines (notamment l'enseignement et la poste). Ils disposent de certains avantages, reconnus par des textes, mais n'ont pas la garantie de stabilité de l'emploi. Leur cas est à rapprocher de celui des contractuels et pour eux aussi des processus d'intégration ont été périodiquement engagés [2].

b) Les **stagiaires** sont les agents admis à un concours mais soumis à un temps d'épreuve avant leur titularisation comme fonctionnaires. Cette titularisation n'est pas un droit : à l'issue du stage, l'autorité administrative compétente peut la refuser pour insuffisance professionnelle ou manquement aux obligations statutaires [3].

c) Les **fonctionnaires** proprement dits sont caractérisés par deux données fondamentales : la *nomination dans un emploi permanent,* et l'intégration dans la hiérarchie administrative par la *titularisation dans un grade*.

Cela dit, la variété des fonctionnaires est grande. Ainsi doit-on distinguer les fonctionnaires civils et les militaires, ces derniers ayant un régime différent en raison de

---

1. Loi du 16 octobre 1997 relative au développement d'activités pour l'emploi des jeunes (*JO* 17 oct. 1997). Les rémunérations sont assurées par l'État (à hauteur de 80 % du SMIC) et par l'employeur (les 20 % restants ou plus). Font exception (et donc sont recrutés en qualité de contractuels de droit public), les agents auxquels peut faire appel l'État lui-même pour exercer des « missions d'adjoints de sécurité auprès des fonctionnaires des services actifs de la police nationale ».V., critiquant le choix du droit privé : S. Salon et J.-Ch. Savignac, chron. *AJDA* 1998.54 ; S. Traore, « Les « contrats emplois-jeunes » de la loi du 16 oct. 1997 et les critères jurisprudentiels des contrats de l'administration », *RDP* 1998.225.

2. V. C. Moniolle, *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État, entre précarité et pérennité*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 208, 1999. La loi du 30 avril 2003 relative aux assistants d'éducation (*JO* 2 mai 2003) ; comm. A. Legrand, « La fin des « pions » (*AJDA* 2003.1265) met en extinction les deux catégories des maîtres d'internat — surveillants d'externat (auxiliaires) et des aides éducateurs (contractuels), mais c'est pour leur substituer des assistants d'éducation *contractuels*, en principe recrutés « par les établissements ». V. aussi le rapport précité (p. 344, note 1) en tant qu'il concerne « les agents ayant un emploi principal dans la fonction publique » : « la fonction publique territoriale est celle qui emploie le plus de non titulaires : 20 %. La fonction publique hospitalière en emploie 13 % et la fonction publique de l'État 12 % ».

3. Et elle peut prendre sa décision sans que l'intéressé ait été mis à même de faire valoir ses observations ou de prendre connaissance de son dossier : CE 3 déc. 2003, *Syndicat intercommunal de restauration collective* (1re espèce) et *Mme Mansuy* (2e espèce), *AJDA* 2004.30, concl. M. Guyomar.

la nature de leurs fonctions ; de même ont un régime spécifique les magistrats de l'ordre judiciaire, les fonctionnaires des assemblées parlementaires, etc.

Le **statut général des fonctionnaires** ne s'applique donc pas à tous les fonctionnaires et, de plus, jusqu'en 1984, il ne concernait que les fonctionnaires de l'État. En effet, si les critères retenus pour définir le fonctionnaire étaient applicables aux agents administratifs des départements et des communes, ceux-ci étaient régis par des textes différents. Les agents communaux avaient un statut institué par une loi du 28 avril 1952, mais les agents départementaux étaient dans une situation très incertaine et, pour les uns comme les autres, les droits et garanties de carrière étaient insuffisants.

En 1983, une réforme a été élaborée tendant à mettre les fonctionnaires des collectivités décentralisées sur un pied d'égalité avec les fonctionnaires de l'État.

Tout en réalisant la parité et en facilitant la mobilité entre les deux fonctions publiques, il fallait préserver leur spécificité respective et, en particulier, tenir compte du principe de la liberté de gestion des communes, départements et régions. Par ailleurs, il était nécessaire de fixer le statut de la fonction publique hospitalière en tenant compte de ses particularités. En conséquence, le statut général comporte **quatre lois** [1] :

– La première, du 13 juillet 1983, constitue le titre I du statut, relatif aux *droits et obligations des fonctionnaires :* ce titre s'applique aux fonctionnaires de l'État, à ceux des collectivités territoriales et aux agents de la fonction publique hospitalière.

– La deuxième, du 11 janvier 1984, constitue le titre II du statut portant dispositions relatives à la *fonction publique de l'État.*

– La troisième, du 26 janvier 1984, constitue le titre III du statut portant dispositions relatives à la *fonction publique territoriale*.

– La quatrième, du 9 janvier 1986, constitue le titre IV du statut portant dispositions relatives à la *fonction publique hospitalière.*

Ainsi sont désormais considérées comme fonctionnaires ayant les mêmes droits et obligations :

– Les personnes (auxquelles s'applique la loi du 11 janvier 1984) qui « ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État » [2].

– Les personnes (auxquelles s'applique la loi du 26 janvier 1984) qui « ont été nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative des communes, des départements, des régions, ou des établissements publics en relevant ».

– Les personnes (auxquelles s'applique la loi du 9 janvier 1986) nommées dans un emploi permanent et titularisées dans un grade de la hiérarchie des établissements énumérés dans la loi (en particulier, des hôpitaux).

---

1. *JO* 14 juill. 1983 ; *JO* 12 janv. 1984 ; *JO* 27 janv. 1984 ; *JO* 11 janv. 1986 et 18 janv. 1986. Les textes relatifs à chaque fonction publique sont regroupés et mis à jour dans des ouvrages que publient régulièrement les éditions du Journal officiel (ainsi que, par exemple, Dalloz et Litec).
2. La suite des développements est, pour l'essentiel, consacrée à la seule fonction publique de *l'État,* c'est-à-dire à ces personnels régis par la loi du 11 janvier 1984.

La mise en place de la **fonction publique territoriale**, en application de la loi du 26 janvier 1984, a rencontré des difficultés. Ce nouvel édifice assez complexe de règles et de structures était délicat à aménager, le problème essentiel étant l'articulation entre l'*unification du statut*, avec des garanties communes à tous les fonctionnaires, et le principe de la *liberté des autorités décentralisées*. Après de multiples aménagements législatifs, et alors même que de nouvelles réformes sont annoncées, un certain équilibre paraît néanmoins avoir été trouvé. Interviennent des centres départementaux de gestion et un Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) qui jouent un rôle essentiel pour le recrutement et la formation [1].

L'État cependant est toujours seul ou presque à réglementer, négocier, déterminer les revalorisations de carrière et les augmentations de traitement. Sans renoncer à cette prépondérance, écrit le Conseil d'État [2], « on peut songer à la mise en place d'une « *conférence des employeurs publics* », qui serait réunie régulièrement autour du ministre chargé de la fonction publique et permettrait aux employeurs publics de fonctionnaires, autres que l'État, d'exprimer leur point de vue. Cette conférence pourrait être le lieu, avant l'ouverture des négociations salariales, d'un débat, éclairé par des travaux d'experts, sur les orientations souhaitables, compte tenu de la situation économique générale et de celle des finances publiques des différents employeurs publics » [3].

§ 2. Les organes de gestion de la fonction publique de l'État

L'administration des fonctionnaires de l'État (désormais plutôt appelée « gestion des ressources humaines » !) incombe à la **Direction générale de l'administration et de la fonction publique** (DGFAP), placée sous l'autorité du Premier ministre, avec à sa tête un *directeur général.* Cette direction apporte au gouvernement et aux ministres une expertise en matière de règles statutaires, de rémunérations, de retraites, de temps de travail, d'action sociale. Elle se doit d'être « le centre d'impulsion de la réforme de la fonction publique » [4]. Le plus souvent, elle est mise à la disposition d'un ministre ou secrétaire d'État, lequel exerce par délégation les fonctions dévolues au Premier ministre en matière de fonction publique (ce ministre étant traditionnellement chargé de la fonction publique et des réformes administratives) [5].

---

1. V. J. Bourdon, « La fonction publique territoriale, 20 ans d'évolution permanente », *AJDA* 2004.121. V. aussi B. Hortefeux, ministre délégué aux Collectivités territoriales, *JCP A* 2006, 1015, « Une réponse aux défis majeurs qu'ont aujourd'hui à relever les collectivités », à propos du *projet de loi relatif à la fonction publique territoriale* adopté en conseil des ministres le 11 janvier 2006 (deux défis majeurs : « un défi démographique avec le départ en retraite d'ici 2012 de 38 % des 1 700 000 fonctionnaires territoriaux et de la moitié des agents de catégorie A » ; « un défi d'une gestion des ressources humaines moins bureaucratique, plus personnalisée »). Et, pour une interrogation sur les attraits respectifs des différentes fonctions publiques, J.-Fr. Lachaume et F. Melleray, « La fonction publique territoriale est-elle une « sous-fonction publique » ? », *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, Dalloz, 2006, p. 267.
2. Rapport public 2003, p. 371.
3. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et la possibilité ouverte aux collectivités territoriales d'expérimentations pourrait aussi « peut être ouvrir une brèche dans le monopole de l'État pour l'édiction du droit de la fonction publique territoriale » (J. Bourdon, art. précité, p. 124).
4. Rapport d'information du Sénat, 2005, n° 441 (www.senat.fr).
5. Dans le gouvernement Raffarin du 31 mars 2004, il y avait, aux côtés du ministre chargé de la fonction publique et de la réforme de l'État, un secrétaire d'État à la réforme de l'État. Tel n'est plus le cas dans le gouvernement de Villepin du 2 juin 2005. S'il y a bien toujours un ministre de la Fonction publique,

La gestion de la haute fonction publique pose des problèmes spécifiques. Pour un « pilotage stratégique » de celle-ci, ont été successivement créés une *mission interministérielle de pilotage de l'encadrement supérieur de la fonction publique* et un **secrétariat général de l'administration** [1].

Il existe aussi depuis 1946 des organismes tendant à permettre la participation des fonctionnaires à la gestion des carrières, au régime disciplinaire, et à l'organisation des services. Cette participation, renforcée par des décrets du 28 mai 1982 relatifs aux différents organismes paritaires, est garantie par la loi du 13 juillet 1983 (art. 9) : « Les fonctionnaires participent, par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs, à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière ».

L'organe le plus important est le **Conseil supérieur de la fonction publique de l'État**. Il est composé à parts égales de représentants de l'Administration et de représentants des personnels désignés sur proposition des organisations syndicales les plus représentatives ; il est présidé par le Premier ministre. Comme les autres organes paritaires, il n'a qu'un pouvoir consultatif mais ses missions sont très importantes. Ainsi son avis est obligatoire pour tous les projets de lois et décrets relatifs à la fonction publique, pour l'élaboration de statuts particuliers dérogatoires ; il assure la coordination de l'action des commissions administratives paritaires et des comités techniques paritaires ; enfin il est l'organe de recours pour les mesures individuelles prises en matière disciplinaire, ou de licenciement pour insuffisance professionnelle.

Les **commissions administratives paritaires** (CAP) sont constituées pour chaque corps de fonctionnaires et composées en nombre égal de représentants de l'Administration et de représentants du personnel élus directement par celui-ci sur des listes syndicales. Elles sont consultées sur toutes les questions d'ordre individuel concernant les membres du corps (affectation, détachement, avancement, notation, discipline...).

Les **comités techniques paritaires** (CTP) sont institués dans toutes les administrations et établissements publics administratifs. Ils n'avaient jusqu'en 1982 qu'un rôle très limité. Un décret du 28 mai 1982 a renforcé leur action afin d'accroître la concertation dans la fonction publique. Composés en nombre égal de représentants de l'Administration et de représentants du personnel (désignés par les organisations syndicales représentatives), ces organismes sont obligatoirement consultés sur les statuts particuliers et les questions d'organisation et de fonctionnement des services. De plus, ils sont assistés par de nouveaux organismes créés en 1982, les **comités d'hygiène et de sécurité.**

---

a été nommé, par ailleurs, auprès du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, un *ministre délégué au Budget et à la Réforme de l'État*, Porte parole du gouvernement, (*supra*, p. 188).

1. Décrets du 13 octobre 2004 (*JO* 14 oct. 2004) et du 21 avril 2006 (*JO* 22 avr. 2006).

Chapitre 2

Les sources du régime juridique de la fonction publique

Les règles qui régissent les fonctionnaires sont caractérisées par deux traits :

– elles ne peuvent pas être contenues dans un contrat (Section 1) ;

– elles sont, sur le fondement des dispositions constitutionnelles, pour une part législatives, et pour une autre part réglementaires (Section 2).

Section 1
L'exclusion des normes contractuelles

§ 1. Le fondement du principe

Au début du XXe siècle, la jurisprudence considérait qu'un « contrat de fonction publique » liait les fonctionnaires à l'Administration : dans l'affaire *Winkell*, en 1909 [1], le Conseil d'État affirme que la grève constitue une rupture du contrat. Toutefois, le doyen Hauriou, dans une note sous cet arrêt, manifestait déjà son scepticisme à l'égard de cette solution que le Conseil d'État a abandonnée totalement par la suite. Il a, en effet, affirmé que « la situation des fonctionnaires, telle qu'elle est fixée par les lois et les règlements, ne saurait être modifiée par des accords contractuels » [2].

Depuis 1946, les statuts affirment expressément que les fonctionnaires sont dans une **« situation statutaire et réglementaire »**.

a) En apparence, l'entrée dans la fonction publique comprend évidemment un échange de consentements.

La nécessité de cette convergence de la volonté du futur fonctionnaire et de celle des autorités administratives apparaît nettement dans le déroulement même des concours d'entrée dans la fonction publique :

– l'autorité administrative met en concours un certain nombre de places ;

---

1. CE 7 août 1909, *Winkell*, concl. A. Tardieu, note M. Hauriou, *S.* 1909.3.145.
2. CE 25 oct. 1929, *Portebois*, *D.* 1929.3.57.

– une personne fait acte de candidature ;

– le jury propose la nomination d'une liste de concurrents classés par ordre de mérite et l'administration peut alors nommer tous ces candidats, ou ne nommer aucun d'entre eux, ou bien encore retenir une solution intermédiaire à condition toutefois de respecter le classement retenu par le jury ;

– enfin la personne reçue à un concours n'est pas obligée d'accepter sa nomination.

b) Du point de vue juridique, il n'y a pourtant aucunement contrat.

La **nomination** est un *acte unilatéral* de l'Administration qui a des conséquences juridiques directes, tout en étant affecté d'une *condition résolutoire* qui est le **refus éventuel du fonctionnaire.**

Ce problème a été analysé par Roger Bonnard [1] qui explique ainsi le processus.

– « Si l'acte de nomination est un acte unilatéral, et si, par suite, la volonté de celui qui nomme produit à elle seule, immédiatement et définitivement, l'investiture de la fonction, il en résulte les conséquences suivantes.

En premier lieu, c'est à dater de l'acte de nomination ou, tout au moins, à dater de la notification ou publication de cet acte, que le fonctionnaire est investi de sa fonction et devient par conséquent titulaire des droits et devoirs que comporte cette fonction. Dès ce moment, il peut donc recevoir des ordres de ses supérieurs hiérarchiques et, le cas échéant, être l'objet d'une répression disciplinaire.

En second lieu, l'acte de nomination, étant achevé, ne pourra pas être retiré par son auteur, à moins qu'il ne soit irrégulier. Il est maintenant de jurisprudence constante que l'acte unilatéral individuel ne peut pas être retiré par son auteur, sauf s'il est irrégulier et pourvu que le retrait intervienne dans le délai de deux mois imparti pour le recours pour excès de pouvoir ».

– Mais « si la condition résolutoire de l'acte de nomination se réalise, c'est-à-dire si le fonctionnaire oppose un refus à sa nomination, l'acte de nomination tombera, étant devenu sans objet, et avec effet rétroactif. Donc, tout en conservant l'idée d'acte unilatéral, nécessaire à raison de certaines décisions de la jurisprudence, mais en y ajoutant cette idée de condition résolutoire et en donnant ainsi valeur juridique à la manifestation de volonté du fonctionnaire, on respecte le principe de l'acceptation volontaire de la fonction et la solution de la jurisprudence au sujet du refus de la nomination. On obtient ainsi une construction juridique cohérente de l'acte de nomination qui tient compte de tous les éléments de la question et s'accorde avec chacun d'eux ».

---

1. « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *Revue sommaire de droit public,* Rome, 1930, article repris dans le *Précis de droit administratif* du même auteur, LGDJ, 1940, 3e éd., p. 551.

§ 2. Les conséquences du principe

La situation du fonctionnaire, ses droits et obligations, sont fixés à l'avance par voie générale dans des lois et règlements. De plus, ces règles peuvent être modifiées unilatéralement. Le fonctionnaire n'a *pas de « droits acquis » au maintien du statut* [1].

Ce principe est toutefois assorti de garanties, puisque le fonctionnaire est considéré comme ayant intérêt à demander l'annulation par la voie du *recours pour excès de pouvoir* des décisions administratives modifiant sa situation : mais il ne peut obtenir gain de cause que s'il y a irrégularité de la décision (autorité incompétente ou mesure rétroactive, par exemple), jamais en invoquant une immutabilité du statut des fonctionnaires :

– les recours sont de la compétence des juridictions administratives et l'article 23 de la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives dispose qu'ils doivent être précédés d'un *recours administratif préalable*, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État (à l'exception des recours concernant le recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire) [2] ;

– peuvent être attaquées par les fonctionnaires les mesures relatives à leur statut, à leurs intérêts de carrière, à l'exercice du pouvoir disciplinaire, mais ils ne sauraient contester l'organisation et le fonctionnement des services [3] ;

– est largement ouverte la recevabilité de recours émanant des syndicats et des associations (par ailleurs expressément admise dans le statut général), mais sous réserve qu'il s'agisse de recours pour la défense d'intérêts collectifs (non d'intérêts strictement individuels) [4] ;

– enfin une donnée originale du contentieux de la fonction publique est la possibilité, pour le fonctionnaire, de présenter une réclamation pécuniaire dans un recours pour excès de pouvoir [5].

---

1. CE 24 déc. 1937, *Sieur de la Bigne de Villeneuve*, *R.* 1089.
2. Cela suppose qu'il y ait décret en Conseil d'État... Présentant le rapport public 2006 du Conseil d'État, le Président de la section du contentieux, Bruno Genevois, en était encore à espérer que 2006 puisse voir aboutir la mise en place effective de cette procédure de recours préalable obligatoire (*AJDA* 2006.578). Ce pourrait être un moyen de réduire le contentieux de la fonction publique qui représente 12 % des requêtes soumises aux tribunaux administratifs – Alors, la loi n'était appliquée qu'aux militaires, en vertu d'un décret du 7 mai 2001 (V. J. -L. Pissaloux, « Une expérience réussie : le recours administratif préalable des militaires », *AJDA* 2005.1042).
3. V., par exemple, CE 11 juin 2003, *M. Lejeune*, *AJDA* 3003.1992, concl. R. Schwartz (recevabilité du recours d'un professeur d'université contestant la décision lui retirant un enseignement : elle est de nature à porter atteinte aux prérogatives de ses fonctions et ne constitue pas une simple mesure d'organisation du service).
4. Et, tout comme les fonctionnaires, ils n'ont pas qualité pour attaquer les dispositions des circulaires ou instructions se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service — sauf si celles-ci portent atteinte à leurs droits ou affectent leurs conditions d'emploi et de travail (CE 23 juill. 2003, *Syndicat Sud Travail*, *RFDA* 2004.139, concl. J.-H. Stahl). V. aussi *infra,* p. 614.
5. CE 8 mars 1912, *Lafage*, *R.* 348 ; *infra,* p. 625.

Section 2

Les sources législatives et réglementaires du droit de la fonction publique

Le droit de la fonction publique repose sur des bases constitutionnelles : le Préambule de la Constitution de 1958, les articles 13, 20, 21, et surtout l'article 34, qui affirme que « la **loi** fixe les règles concernant les **garanties fondamentales** accordées aux fonctionnaires civils et militaires » [1].

§ 1. L'ÉVOLUTION HISTORIQUE

Au XIXe siècle, et pendant la première moitié du XXe, la situation des fonctionnaires n'était pas réglée par un statut général législatif. Le besoin en était sans doute ressenti, mais sans aboutir à une réalisation. La Constitution de 1848 disposait que la nomination et la révocation des fonctionnaires devaient être régies par des dispositions législatives (qui n'intervinrent pas) ; dès 1871, une commission de l'Assemblée nationale se saisit encore de cette question, mais toujours en vain. La IIIe République n'a pas réussi à unifier le statut de la fonction publique : de 1884 à 1911, on compte 153 décrets d'organisation pour le personnel des administrations centrales. Il n'y avait aucune uniformité : de très nombreux textes réglementaires se juxtaposaient sans qu'aucune loi générale garantisse les droits et obligations et les conditions de carrière d'une façon égalitaire.

Le premier texte général est un acte législatif du gouvernement de Vichy du 14 septembre 1941 portant statut des fonctionnaires. Ce texte fut déclaré nul en 1944. Et, à la Libération, une ordonnance du gouvernement provisoire de la République, le 9 octobre 1945, a posé les principes de l'harmonisation de l'ensemble des corps, du recrutement et de la carrière. À la suite d'une concertation avec les organisations syndicales, a été élaborée la *loi du 19 octobre 1946* portant statut général de la fonction publique (ne s'appliquant qu'aux fonctionnaires civils de l'État). Le changement de Constitution en 1958 a nécessité l'élaboration d'un nouveau texte pour tenir compte de la distinction instaurée entre le domaine de la loi et celui du règlement. La question à résoudre était la délimitation des garanties fondamentales pour opérer le partage des compétences. Finalement, la compétence du législateur a été entendue de façon large. Le statut général législatif fixé par l'*ordonnance du 4 février 1959* (sur la base de l'article 92 de la Constitution) ne se bornait pas à définir les seules garanties fondamentales mais posait l'ensemble des règles générales de la fonction publique. C'est encore le cas du statut actuel résultant des *lois de 1983, 1984 et 1986* [2].

---

1. La déclaration de 1789 (art. 6) affirme que tous les citoyens « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ; la Constitution proprement dite précise que le président de la République et le Premier ministre nomment aux emplois civils et militaires (art. 13 et 21), et que le gouvernement dispose de l'Administration (art. 20).

2. V. *supra*, p. 350. Doit être aussi évoquée en matière de sources la question de l'application dans le domaine de la fonction publique de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir exclut l'application de l'article 6 au contentieux de la fonction publique (à l'exception des litiges portant sur le droit au traitement et à pension), la CEDH, dans un arrêt du 8 décembre 1999, *Pellegrin c/France*, a modifié sa jurisprudence : seuls restent hors du champ d'application de l'article 6 les litiges relatifs aux

§ 2. La notion de garantie fondamentale

Les textes, mais aussi les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, précisent ce que sont les *garanties* des fonctionnaires, et lesquelles sont *fondamentales*.

Sans les énumérer toutes, on peut préciser que sont considérées comme telles : la liberté d'opinion, le principe de l'égalité des sexes, le droit syndical, le droit de grève, le principe du recrutement par concours, le droit au traitement après service fait, le droit à pension, le principe de l'avancement dans la carrière, le principe de l'existence des commissions administratives paritaires et de l'élection des représentants du personnel.

Peuvent aussi être considérées comme constituant des garanties les règles posées par plusieurs lois modifiant l'*article 6 de la loi du 13 juillet 1983* portant droits et obligations des fonctionnaires : en 1992 a été ajoutée une disposition concernant le « harcèlement sexuel » ; en 2001, le dispositif de lutte contre les discriminations a été renforcé (interdiction de distinction en raison « de l'orientation sexuelle, de l'âge, du patronyme, de l'état de santé, de l'apparence physique, du handicap, de l'appartenance ou la non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une race ») [1].

§ 3. La pluralité des statuts

A. Les limites du champ d'application du statut général des fonctionnaires

a) Les statuts de 1946 et 1959 ne s'appliquaient pas à certaines catégories d'agents. Si le statut actuel inclut dans son champ d'application (et c'est là l'objet majeur de la réforme) les agents des collectivités territoriales, il *ne concerne pas :*

– les *fonctionnaires des assemblées parlementaires*, qui sont des fonctionnaires de l'État, mais dont le statut est fixé par le bureau de l'assemblée intéressée ;

– les *magistrats de l'ordre judiciaire*, dont le statut est fixé par l'ordonnance du 22 décembre 1958 ;

– les *militaires*, dont un nouveau statut a été fixé par la loi du 24 mars 2005 [2].

En ce qui concerne les personnels des services et établissements publics à caractère industriel et commercial, le statut des fonctionnaires ne s'applique pas à eux puisqu'ils sont en principe régis par le droit privé. Toutefois, la loi du 13 juillet 1983 (Titre I du statut

---

agents occupant des emplois comportant « une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques ». V. X. Prétot, note *RDP* 2000.617 ; J. Kissangoula, « Remarques sur une jurisprudence européenne controversée : l'application de l'article 6.1 de la CEDH au contentieux de la fonction publique », *RFDA* 2000.1268. C'est ainsi que le Conseil d'État, tout en mettant en œuvre des règles similaires au nom du principe d'impartialité, a considéré que l'article en cause ne s'applique pas à la procédure disciplinaire concernant les magistrats (CE 6 nov. 2002, *M. Wargniez*, *RFDA* 2003.192).

1. Loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail ; loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.
S'ajoute à cela le renforcement de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. V. *infra*, p. 362.

2. Loi du 24 mars 2006 portant statut général des militaires, *JO* 26 mars 2005 ; comm. X. Latour et G. Bossis, *RFDA* 2005.770, J.-H. Matelly, *AJDA* 2005.2156.

général) précise qu'elle s'applique aux agents de ces services qui ont la qualité de fonctionnaires.

b) La particularité de certaines fonctions, notamment la nécessité d'une continuité absolue du service (et donc l'interdiction du droit de grève) a conduit à l'institution de *statuts spéciaux* qui comportent des dérogations au statut général et supposent l'intervention du législateur, dans la mesure où elles portent sur des garanties fondamentales [1]. Sont intervenues : la loi du 28 septembre 1948 relative au statut spécial des *personnels de police ;* l'ordonnance du 6 août 1958 relative au statut spécial des *personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire* ; la loi du 2 juillet 1964 relative à *certains personnels de la navigation aérienne*.

B. Statut général et statuts particuliers

La diversité des corps de fonctionnaires soumis au statut général a conduit, depuis 1946, à prendre en compte la spécificité de chacun au moyen de *statuts particuliers* qui relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire et sont *édictés par décrets en Conseil d'État.*

Le nouveau statut général prévoit cette procédure aussi bien pour les fonctionnaires territoriaux (loi du 26 janvier 1984, art. 6) que pour les fonctionnaires de l'État, mais il existe, en outre, pour ces derniers des dispositions spécifiques. D'une part, les décrets en Conseil d'État portant statuts particuliers sont délibérés en Conseil des ministres lorsqu'ils concernent des corps comportant des emplois auxquels il est pourvu par décret du président de la République délibéré par cette même formation gouvernementale. D'autre part, et surtout, certains corps de fonctionnaires de l'État ont des statuts particuliers qui dérogent au statut général (ces dérogations ne portant pas atteinte aux garanties fondamentales). Il en est ainsi des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration, des corps enseignants et des personnels de la recherche, des corps reconnus comme ayant un caractère technique. L'élaboration de ces *statuts dérogatoires* nécessite (obligatoirement) l'*avis du Conseil supérieur de la fonction publique de l'État.*

---

1. CE 24 nov. 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, *AJDA* 1962.114.

Chapitre 3

Le recrutement et la carrière des fonctionnaires

Section 1
Le recrutement

Le procédé normal de recrutement des fonctionnaires est le **concours,** comme l'affirme la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (art. 16) : « Les fonctionnaires sont recrutés par concours **sauf dérogation** prévue par la loi ».

De telles dérogations existent. Il s'agit, notamment, des *« emplois réservés »* (aux personnes éprouvées par la guerre ou aux handicapés), du recrutement pour la *constitution initiale d'un corps,* des *« tours extérieurs »* pour lesquels le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont précisé que la liberté de choix du gouvernement doit s'exercer dans le respect du principe d'égalité (article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et, par conséquent, en considération des capacités nécessaires à l'exercice des attributions des corps concernés [1]. En 2005 [2], s'est ajouté le *parcours d'accès aux carrières de la fonction publique (PACTE)* : il permet à des jeunes de 16 à 25 ans [3], au terme d'un contrat durant lequel ils suivent une formation en alternance, d'être recrutés dans des emplois de catégorie C.

Il faut également signaler une autre catégorie d'emplois pour lesquels le recrutement se fait de façon directe sans concours : ce sont les *emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement*. Un décret en Conseil d'État en fixe la liste : ainsi en est-il, par exemple, des recteurs, des préfets, des ambassadeurs, des directeurs d'administration centrale [4]. Ce ne sont pas forcément des fonctionnaires. Leur nomination dans un tel emploi n'entraîne pas leur titularisation et elle est essentiellement révocable.

---

1. CC 12 sept. 1984, *AJDA* 1984.682 ; CE 16 déc. 1988, *Association générale des administrateurs civils et autres c/M. Dupavillon, et M. Bleton et autres c/M. Sarazin*, concl. Chr. Vigouroux, *RFDA* 1989.522.
2. Ordonnance du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État (*JO* 3 août 2005) (comm. C. Moniolle, *AJDA* 2006.648).
3. « (Ceux) qui sont sortis du système éducatif sans diplôme ou sans qualification professionnelle reconnue et ceux dont le niveau de qualification est inférieur à celui attesté par un diplôme de fin de second cycle long de l'enseignement général, technologique ou professionnel ».
4. Décret du 24 juillet 1985 portant application de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du gouvernement (*JO* 27 juill. 1985). *Adde* : A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, « Les emplois à la discrétion », *Pouvoirs*, 1987, n° 40, p. 121.

Mises à part ces dérogations, le recrutement par voie de concours est reconnu comme une garantie fondamentale. Il concilie les exigences de l'intérêt du service et le principe d'égal accès des citoyens aux emplois publics. Pourtant, sur la valeur pratique des concours, les discussions sont nombreuses. Si ce procédé minimise les risques d'intrigues et de discriminations, il n'est sans doute pas une panacée. Des problèmes se posent sur divers points : le contenu des programmes, les types d'épreuves, l'organisation des préparations aux concours, la formation des jurys à ce travail délicat, ou encore la question de la diversification très grande des concours. À ce propos, il faut noter la distinction des concours externes (recrutement de candidats justifiant de certains diplômes ou ayant accompli certaines études) et des concours internes (promotion des agents), de même que l'institution du « troisième concours » de l'ENA et des IRA par les lois du 2 juillet 1990 et du 26 juillet 1991 [1].

Pour mieux préparer les fonctionnaires à leur métier, des **écoles de formation** ont été créées, ce qui explique que les concours ne sont souvent que des concours d'entrée dans l'une de ces écoles : les élèves y sont rémunérés mais ils ne sont nommés dans la fonction publique qu'à l'issue de leur scolarité. Il existe des écoles spécialisées propres à certains ministères : écoles des P et T, des impôts, des douanes, du trésor, etc. D'autres écoles, par opposition, apparaissent polyvalentes : *l'École nationale d'administration* créée par l'ordonnance du 9 octobre 1945, mais aussi les *instituts régionaux d'administration,* prévus par une loi de 1966 et mis en place à partir de 1970 (à Lille, Lyon, Nantes, Metz et Bastia). Ce sont désormais de véritables écoles d'application (excluant les enseignements purement théoriques) pour la formation de tous les fonctionnaires de catégorie A de l'administration générale de l'État autres que les fonctionnaires recrutés par la voie de l'École nationale d'administration.

Concernant le concours lui-même, deux types de règles sont à distinguer : les unes déterminent l'admission au concours, les autres, le déroulement des épreuves et leur résultat.

§ 1. L'ÉGAL ACCÈS AUX EMPLOIS PUBLICS ET LE DROIT À CONCOURIR

Le **principe d'égalité** d'accès à la fonction publique est un principe constitutionnel formulé dans l'article 6 de la Déclaration de 1789 : tous les citoyens « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». Le Préambule de la Constitution de 1946 affirme en outre que « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

Ce n'est pas tout. Le principe d'égalité recouvre une autre donnée qui est *l'égalité des sexes*. À cet égard, le Préambule de 1946 indique que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ».

L'application de ces principes pose des problèmes assez complexes dans la mesure où la nécessité d'en assurer les garanties d'application doit être conciliée avec l'intérêt et les

---

1. Ce « troisième concours » est aussi un concours externe. Toutefois, la qualité requise pour s'y présenter résulte non des diplômes ou des études mais de l'expérience acquise (activités professionnelles, mandats électoraux dans les conseils des collectivités territoriales). Pour l'ENA, v. *supra*, dossier 6, p. 302.

besoins des services, et donc avec les prérogatives de l'administration. Il s'ensuit que, même si les conditions posées par les textes pour se présenter sont remplies, il n'y a **pas de droit à concourir**.

A. Les conditions d'admission

Certaines conditions sont particulières à chaque concours (âge, niveau des connaissances ou diplômes exigés). Il en est aussi qui valent pour tous. Elles sont énumérées par le statut général dont l'article 5 du titre I précise que « nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire s'il ne possède la nationalité française ; s'il ne jouit de ses droits civiques ; le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions ; s'il ne se trouve en position régulière au regard du code du service national ; s'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap ». Le précédent statut ajoutait à cette liste la « bonne moralité » (art. 16 de l'ordonnance du 4 février 1959).

La **condition de nationalité** appelle quelques précisions. D'abord, il y a *des dérogations,* dans certains corps, *en raison de la nature des fonctions* (corps des personnels de la recherche, corps d'enseignants des universités). Ensuite, plus généralement, *en vertu de la loi du 26 juillet 2005* (qui corrige l'article 5 *bis* de la loi de 1983) [1], « les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen autres que la France *ont accès*, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois. *Toutefois, ils n'ont pas accès* aux emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques ». Le Traité de Rome ne l'imposait pas expressément. Au contraire, son article 48 exclut du domaine d'application du principe de libre circulation des travailleurs « les emplois dans l'administration publique ». C'est l'interprétation de la CJCE qui a été indirectement à l'origine d'une précédente loi de 1991 : estimant que le traité ne vise que les « activités spécifiques » de l'administration, elle a notamment jugé en 1986 que la France manquait à ses obligations en réservant à ses nationaux les emplois d'infirmiers ou d'infirmières dans les hôpitaux publics [2]. Une question alors posée est restée discutée : faut-il admettre la même solution pour les étrangers non ressortissants de la communauté européenne [3] ? D'autres se sont ajoutées, notamment celle de l'accès à la fonction publique des ressortissants européens *en cours de carrière*, et non seulement en début comme l'envisage la loi. Dans un *arrêt Burbaud de 2003*, la CJCE a précisé que la France

---

1. Loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique (*JO* 27 juill. 2005) (comm. J.-M. Lemoyne de Forges, *AJDA* 2005.2285).

2. CJCE 3 janv. 1986, *Commission c/République française*, *AJDA* 1987.44. Suite à cet arrêt, la loi du 26 juillet 1991 avait posé qu'en principe l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique était interdit, sauf dérogations prévues par les statuts particuliers. Cela restait contraire à la jurisprudence de la CJCE pour laquelle le principe est le libre accès ; et c'est donc ce que corrige la loi du 26 juillet 2005 en inversant le principe ancien.

3. *Le Monde* 21 avril 1999, entretien avec D. Lochak, présidente du Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (*GISTI*) : « ... l'enjeu est comparable à celui du droit de vote des étrangers aux élections locales : il est politique et hautement symbolique. Comment l'État pourrait-il bannir la discrimination alors qu'il donne lui-même le mauvais exemple ? »

ne peut subordonner cet accès à la réussite aux épreuves des concours d'entrée dans les écoles de la fonction publique, dès lors que les intéressés justifient dans leur pays d'une formation et de diplômes équivalents [1]. Vont devoir être réglés de délicats problèmes d'équivalence et d'organisation de voies nouvelles d'accès à la fonction publique. L'arrêt de la CJCE n'interdit pas en effet une sélection ou un aménagement de l'accès [2].

Pour ce qui est de l'**accès des femmes aux fonctions publiques**, il faut rappeler que, jusqu'en 1946, aucun texte ne consacrait explicitement le principe d'égalité des sexes ; les autorités publiques avaient de larges possibilités pour édicter des discriminations sur lesquelles le juge n'exerçait qu'un contrôle assez limité [3]. C'est seulement avec le statut de 1946, puis celui de 1959, que la situation juridique s'est modifiée : toute dérogation à l'égalité des hommes et des femmes a dû être justifiée par la nature des fonctions et faire l'objet de mesures exceptionnelles inscrites dans les statuts particuliers. Une loi du 10 juillet 1975 a limité ces adaptations au seul recrutement (excluant toute distinction selon les sexes en cours de carrière). Il n'y en avait pas moins toujours possibilité, pour certains corps, d'instituer des recrutements exclusifs d'hommes ou de femmes (en pratique, d'hommes). Aussi, une évolution plus radicale est-elle intervenue à la suite de la directive européenne du 9 février 1976. Elle a été réalisée par la loi du 7 mai 1982 : celle-ci ne permet plus qu'une « possibilité de *recrutement distinct* si l'un ou l'autre sexe constitue une *condition déterminante* de l'exercice des fonctions ». Cette solution, qui se traduit par l'institution de pourcentages d'hommes et de femmes recrutables à chaque concours, est inscrite dans le statut général qui dispose que la liste des corps de fonctionnaires pouvant faire l'objet de tels recrutements est établie par décret en Conseil d'État. Depuis 1984, cette liste a connu des révisions périodiques réduisant le nombre des corps concernés [4].

---

1. CJCE *Burbaud (Isabel)/Ministère de l'Emploi et de la solidarité*, *AJDA* 2003.1734, note S. Gervasoni. Mme Burbaud, après avoir exercé pendant plus de 6 ans des fonctions d'administrateur d'hôpital dans la fonction publique portugaise, s'était vue refuser en France l'intégration dans le corps des directeurs d'hôpitaux au motif que cette intégration supposait la réussite préalable aux épreuves du concours d'entrée à l'École nationale de la santé publique.
2. Toujours dans la même affaire, l'arrêt CE 16 mars 2005, *Ministre de la Santé, Ministre de la Fonction publique et de la Réforme de l'État/Mme Burbaud* (*AJDA* 2005.1465, concl. T. Olson) considère que l'intégration peut quand même, dans certains cas, « être subordonnée à l'obligation d'effectuer un stage d'adaptation ou de se soumettre à une épreuve d'aptitude ».
3. V., par exemple, CE 3 juill. 1936, *Demoiselle Bobard*, *R.* 721, *RDP* 1937.684, concl. R. Latournerie, *GAJA* n° 51. Il en ressort qu'il restait possible, pour des raisons tirées de l'intérêt du service, d'exclure les femmes de nombreuses fonctions.
4. Tel était encore le cas, au début des années 2000, du corps des attachés d'éducation des maisons d'éducation de la Légion d'honneur et de différents corps des services extérieurs de l'administration pénitentiaire. La loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (*JO* 10 mai 2001) contient aussi des dispositions concernant la fonction publique. D'abord, il est précisé que les recrutements distincts sont « *exceptionnellement* » prévus. Ensuite, apparaît une discrimination positive en faveur des femmes : la possibilité de faire des distinctions, entre les femmes et les hommes, afin de contribuer à une « représentation équilibrée », dans la composition des jurys et organismes de sélection constitués pour le recrutement et l'avancement des fonctionnaires (v. *AJDA* 2003.817, « Débat sur la légalité des quotas par sexe dans les jurys de concours de la fonction publique »). Dans un chapitre 1er, intitulé « promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes et lutte contre les discriminations », la loi du 26 juillet 2005 étend aux hommes certains avantages jusque là réservés aux femmes : deviennent ainsi inopposables aux pères de 3 enfants ou plus les limites d'âge pour l'accès aux emplois publics.
Évidemment, cet état du droit ne suffit pas, en fait, à régler tous les problèmes. Il subsiste de nombreuses disparités dans la répartition des hommes et des femmes au sein de la fonction publique. V. *Pour approfondir*.

B. L'admission à concourir

Toute personne remplissant les conditions posées par les textes peut, en principe, se présenter aux épreuves d'un concours. Toutefois, et c'est pourquoi on ne peut parler d'un véritable droit à concourir, l'autorité administrative a le pouvoir de refuser une candidature lorsqu'elle arrête la liste des candidats ou « au plus tard à la date de la nomination » des candidats reçus [1].

a) L'autorité administrative vérifie tout d'abord que le candidat répond aux conditions exigées.

b) Ensuite, il lui appartient d'apprécier, dans l'intérêt du service, si le candidat pourra correctement exercer les fonctions auxquelles donne accès le concours, et, en particulier, s'il présente les *garanties d'impartialité, de neutralité, de réserve dans les manifestations de ses opinions,* que l'on peut attendre d'un fonctionnaire.

Il va de soi que cette appréciation des **« garanties requises »** doit se faire dans le respect du principe d'égal accès aux emplois publics. L'Administration ne saurait écarter un candidat en se fondant seulement sur ses opinions philosophiques, politiques ou religieuses [2].

Bien entendu, le postulant peut avoir quelques difficultés à prouver que le motif de son exclusion réside dans ses opinions. Mais le juge, usant de son pouvoir inquisitorial, a renversé purement et simplement la charge de la preuve [3].

En outre, depuis 1983, s'exerce un contrôle normal sur les motifs : le juge contrôle la qualification juridique des faits reprochés au candidat et vérifie si ceux-ci sont bien de nature à justifier son exclusion [4].

Enfin, la décision de refus d'une candidature doit être expressément motivée : étant une décision individuelle défavorable qui restreint l'exercice d'une liberté publique, elle entre dans le champ d'application de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs.

---

1. Sur ce problème du droit à concourir, v. concl. M. Letourneur, CE 28 mai 1954, *Barel*, *R.* 308 ; *RDP* 1954.509, note de M. Waline *GAJA* n° 72.
2. Outre l'affaire *Barel* précitée, concernant les opinions politiques, v., quant aux croyances religieuses, CE 10 mai 1912, *Abbé Bouteyre*, *R.* 553, concl. Helbronner ; *GAJA*, n° 25.
3. *Supra*, dossier 2, p. 54.
4. CE 18 mars 1983, *Mulsant*, et CE 10 juin 1983, *Raoult*, *AJDA* 1983.371 et 552 (avec concl. M. Laroque), chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue, p. 527 ; *RDP* 1983.1404, note J. Waline. Étaient contestées deux décisions refusant l'accès au concours d'entrée à l'École nationale de la magistrature ; dans un cas, le Garde des Sceaux reprochait à l'intéressé d'avoir participé à des manifestations d'étudiants au cours desquelles des enseignants avaient été « retenus » quelques heures (décision annulée) ; dans l'autre cas, il était relevé que le candidat, pendant son service militaire, avait participé à la rédaction et à la distribution à de nouvelles recrues du journal clandestin d'un « comité de soldats » critiquant l'institution militaire (rejet du recours, comportement donc jugé inadmissible pour un futur magistrat). C'est toujours affaire d'espèce : une conduite en état d'ivresse justifie qu'un candidat ne puisse se présenter à un concours de commissaire de police (CE 11 déc. 1987, *Ministre de l'Intérieur c/Hugues Paterna*, *RFDA* 1988.481) ; des faits d'éthylisme ancien, au contraire, ne permettent pas de refuser à un candidat d'être nommé élève surveillant des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (CE 10 juin 1991, *Garde des Sceaux c/Vizier*, *AJDA* 1991.578).

§ 2. Le régime juridique des concours

Les garanties accordées aux candidats concernent également le déroulement des épreuves. À l'issue du concours, toutefois, l'Administration conserve un certain pouvoir discrétionnaire.

A. Le déroulement des épreuves

Il est important que la régularité du déroulement des épreuves soit contrôlée par le juge. L'Administration doit respecter les règles établies pour les différents concours, par exemple le contenu des programmes. Mais surtout un principe général s'impose, celui de l'**impartialité du jury** (corollaire de l'égalité des candidats). En conséquence, ne peuvent faire partie d'un jury un parent d'un candidat ou une personne ayant manifesté une attitude hostile à son égard. Sur ce dernier point, assez délicat, le Conseil d'État s'est prononcé de façon claire dans l'affaire *Commune de Clohars-Carnoët*. Un maire avait manifesté sans équivoque une position de principe résolument défavorable à l'occupation d'un emploi par une femme ; dès lors, sa seule présence comme président du jury, prive une candidate « des garanties d'impartialité auxquelles tout candidat est en droit de prétendre, et a vicié les opérations du concours » dont les résultats doivent donc être annulés [1]. En tout état de cause, le dossier du candidat ne doit pas faire mention de ses opinions religieuses, politiques ou syndicales et les examinateurs ne peuvent pas poser de questions directement en rapport avec ses idées personnelles sur ces différents points [2].

B. Les prérogatives de l'Administration

Les appréciations des jurys sont souveraines, et le juge lui-même se refuse à effectuer un contrôle sur l'appréciation de la valeur des candidats et sur les résultats des concours. Les propositions, c'est-à-dire le classement des candidats effectué au terme des épreuves, doivent être impérativement respectées par l'Administration. Mais elles ne donnent pas aux candidats admis un droit à être nommé. Si l'ordre de mérite doit être respecté, l'Administration dispose néanmoins d'une certaine liberté : elle garde la faculté de décider en fonction des besoins des services, et peut soit nommer tous les candidats proposés par le jury, soit n'en nommer qu'une partie, voire même aucun. Enfin, en règle générale, les fonctionnaires sont tout d'abord nommés en tant que stagiaires, et, à la fin de la période de stage, la titularisation n'est pas automatique.

---

1. CE 9 nov. 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, *R*. 591, *D*. 1 967,91, concl. G. Braibant. V. aussi, sur la composition des jurys (et la répartition en leur sein des hommes et des femmes), *supra*, p. 362, note 4.
2. CE 28 sept. 1988, *M. Merlenghi*, *AJDA* 1989.197, obs. S. Salon.

Section 2
La carrière

§ 1. Entrée dans la fonction publique

L'entrée dans la fonction publique est concrétisée par l'édiction d'un acte unilatéral, la *nomination* [1].

Le **pouvoir de nomination** appartient, sur le fondement de la Constitution, au *Président de la République* (article 13) et, sous réserve des dispositions de l'article 13, au *Premier ministre* (article 21). En réalité, le partage est totalement inégalitaire, au profit du Président. En effet, l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État contient des dispositions qui étendent très largement le pouvoir de nomination du président de la République : elle complète la liste de l'article 13 des emplois pourvus par décret en Conseil des ministres et elle établit une liste d'emplois pourvus par décret simple du Président. Il est ajouté qu'à l'exclusion de tous les emplois ainsi énumérés, le Président peut déléguer son pouvoir de nomination au Premier ministre, mais, comme il n'a guère été fait usage de cette possibilité, le rôle du Premier ministre apparaît très limité, d'autant que, par ailleurs, un pouvoir de nomination peut être confié, selon l'ordonnance de 1958, aux *ministres et autres autorités subordonnées par des lois et règlements*. Il reste au Premier ministre le pouvoir de nommer, à l'instar d'un ministre, les agents de ses propres services administratifs. Cette répartition du pouvoir entre le Président et le Premier ministre nécessiterait sans doute un réaménagement, d'autant que l'ordonnance de 1958 contient des dispositions juridiquement douteuses. Cela avait été relevé par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution qui, dans son rapport, en 1993, a fait une proposition de réforme [2].

À partir de leur entrée dans la fonction publique, les fonctionnaires ont une situation gouvernée par deux données : l'appartenance à un corps et l'affectation à un emploi.

A. L'intégration dans un corps

Les fonctionnaires appartiennent à des **corps** qui comprennent un ou plusieurs **grades** et qui sont classés, selon leur niveau de recrutement, en **catégories :** A (diplômes de l'enseignement supérieur), B (baccalauréat), C (brevets des collèges et fin des études primaires) [3].

Chaque corps groupe les fonctionnaires soumis au même *statut particulier* et ayant vocation au même grade.

---

1. Sur cet acte, *supra*, p. 354.
2. Rapport publié au *Journal officiel* du 16 février 1993, p. 2537 (sur la proposition de réforme, v. p. 2541).
3. Alors qu'il y avait quatre catégories (A, B, C, D), il a été décidé en 1990, dans le cadre d'une politique de revalorisation des situations les plus modestes, que tous les corps de catégorie D, sur une période de sept ans, seraient progressivement intégrés dans la catégorie C.

L'intégration dans la fonction publique est rendue définitive par un acte distinct de la nomination : la *titularisation* dans un grade qui intervient, d'une manière générale, après le stage probatoire et n'est donc pas un droit [1].

Dans chaque corps, il y a un ou plusieurs grades, et dans chaque grade existent plusieurs échelons. La hiérarchie des grades dans chaque corps, le nombre d'échelons dans chaque grade, les règles d'avancement d'échelon et de promotion au grade supérieur sont fixés par les statuts particuliers. Le grade définit ainsi la place du fonctionnaire dans la hiérarchie administrative : c'est un titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspond.

B. L'affectation à un emploi

Il y a une nette différence juridique entre le **grade** et l'**emploi** (art. 12 du titre I du statut général). Ce dernier est un *poste de travail* prévu dans les documents budgétaires en fonction des besoins du service. La distinction vient probablement de la fonction publique militaire : un lieutenant (c'est son grade) peut, par exemple, être chef de section (c'est son emploi) ou bien encore adjoint d'un chef de compagnie, etc. Un professeur d'université (c'est son grade) change de fonctions s'il devient directeur des études de l'ENA (c'est son emploi), etc. Administrateur civil, attaché d'administration, voilà des grades ; chef de bureau, sous-directeur, chef de service, directeur, directeur général, voilà des emplois. Un changement de grade n'a donc pas forcément pour conséquence un changement d'emploi et de même la perte d'un emploi n'a pas d'influence sur la situation juridique du fonctionnaire. Le statut général précise qu'en cas de suppression d'emplois, le fonctionnaire est affecté dans un nouvel emploi dans les conditions prévues par les dispositions statutaires qui le régissent. Et toute nomination (ou promotion) dans un grade qui n'intervient pas exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes est nulle : c'est ce que la pratique appelle une « nomination pour ordre ».

Il va de soi, par ailleurs, que, « sous réserve de dispositions statutaires particulières, tout fonctionnaire en activité tient de son statut le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade » [2]. Dans l'intérêt du service public, l'autorité administrative dispose d'un large pouvoir pour cette affectation ; il en va de même pour les changements d'affectation, c'est-à-dire les *mutations* prononcées soit d'office, soit à la demande du fonctionnaire. Cependant, si la liberté d'action de l'Administration est totale pour les « emplois supérieurs », elle connaît certaines limites dans tous les autres cas. La loi relative à la fonction publique de l'État dispose que les mouvements de fonctionnaires doivent être effectués après avis des commissions administratives paritaires [3]. De plus, l'Administration doit tenir compte pour les affectations des demandes formulées par les fonctionnaires et de leur situation de famille. Cela se révèle, semble-t-il, souvent difficile

---

1. V. *supra*, p. 349.
2. En cas de non-respect de ce droit, la responsabilité de la personne publique concernée est engagée : CE 6 nov. 2002, *M. Guisset*, *RFDA* 2 003,984, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 2 002,1440, chron. F. Donnat et D. Casas (agent sans affectation pendant plus de onze années).
3. Et l'arrêt CE 30 déc. 2003, *Ministre de l'Éducation nationale c/Mme Tiraspolsky* (*AJDA* 2004.668, note O. Dord), revenant sur la jurisprudence antérieure, précise que la mutation d'office dans l'intérêt du service nécessite la communication préalable du dossier.

et les affectations dans l'enseignement, notamment, ne sont pas sans soulever des problèmes. En dehors même des magistrats, certains fonctionnaires bénéficient d'une *inamovibilité :* l'autorité administrative ne peut les muter (même en avancement) sans leur consentement ; il en est ainsi des professeurs d'université et des maîtres de conférences [1]. Ces mutations pour les besoins des services sont évidemment distinctes des mutations disciplinaires, soumises à un contrôle juridictionnel plus strict.

Au moins pour les fonctionnaires qui exercent une compétence (prenant des décisions ou passant des contrats...), la nomination dans l'emploi précède l'**installation** qui seule correspond à l'investiture [2].

§ 2. Déroulement de la carrière et cessation de fonctions

A. Les positions du fonctionnaire

Le statut général énumère ces positions qui sont au nombre de six.

I. L'activité à temps complet ou à temps partiel

L'**activité** est la position du fonctionnaire qui, titulaire d'un grade, exerce effectivement les fonctions de l'un des emplois correspondant à ce grade. Est également considéré comme étant dans cette position, le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge de service pour l'exercice d'un mandat syndical.

La durée hebdomadaire du travail avait été réglementairement fixée à trente-neuf heures, par un décret de 1994. En fait, depuis toujours il y a eu de grandes disparités (la situation de l'instituteur, par exemple, n'est pas celle du policier assujetti à un rythme de travail cyclique — trois jours d'activité, deux jours de repos). Et l'extrême diversité des situations s'est accompagnée d'une certaine opacité des réglementations et des pratiques. D'où les difficultés rencontrées pour appliquer le principe d'une réduction à trente-cinq heures. Réglementer n'est pas tout. Encore faut-il, sur les modalités d'application, obtenir l'adhésion des intéressés [3].

L'activité peut n'être qu'à **temps partiel.** Selon les dispositions d'une ordonnance du 31 mars 1982, reprises dans le statut général, un fonctionnaire titulaire occupant un emploi permanent peut demander à accomplir pour une période déterminée un service à temps partiel non inférieur au mi-temps (le traitement correspondant dès lors au temps de travail).

Une autre situation particulière du fonctionnaire en activité est prévue par le statut général : la **mise à disposition**. En cas de nécessité de service, lorsqu'il n'existe pas

---

1. P. Lavigne, « Les personnes inamovibles dans les services publics français », *Service public et libertés, Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier,* Éditions Émile-Paul, 1981, p. 157.
2. CE 27 avr. 1973, *Delle Serre*, *AJDA* 1973.487, note H. Maisl (qui écrit : « Si l'acte individuel de nomination entre en vigueur à compter de sa signature, (...) l'investiture de compétence (...) est repoussée à la prise de fonctions (...) qui se concrétise, pour certains fonctionnaires, par la formalité de l'installation »).
3. Décret du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État, (*JO* 29 août 2000) ; P. Planchet « Les 35 heures dans la fonction publique », *AJDA* 2000.927.

d'emploi budgétaire correspondant à une fonction à remplir dans une administration, un fonctionnaire appartenant à une autre administration peut être mis à disposition. Il reste juridiquement rattaché à son administration d'origine.

Le fonctionnaire en activité a droit à différents *congés* avec traitement (sous réserve des conditions particulières fixées par le statut général) : le congé annuel, les congés de maladie, le congé pour maternité, le congé de formation professionnelle, le congé pour formation syndicale.

II. Le détachement

Le fonctionnaire en détachement est placé hors de son corps d'origine : il occupe un emploi dans un autre corps ou une entreprise publique, un organisme privé d'intérêt général, une organisation internationale, etc. Il en est de même si le fonctionnaire est élu parlementaire ou fait partie du gouvernement. Il est rémunéré par son administration de détachement. Il est soumis aux règles de la fonction qu'il exerce mais il garde des liens étroits avec son administration d'origine : avancement, retraite et droit à réintégration. Le détachement est révocable.

III. La position hors cadres

C'est le prolongement de la position de détachement. Être hors cadres permet à un fonctionnaire détaché, par exemple auprès d'une entreprise publique ou d'un organisme international, de rester à leur service. Mais il perd ses nouveaux droits à l'avancement et à la retraite dans son corps d'origine. Il peut toutefois demander sa réintégration.

IV. La disponibilité

Cette position qui est prononcée d'office (pour raison médicale à l'expiration de congés de maladie) ou à la demande du fonctionnaire (pour raisons personnelles diverses), sépare nettement le fonctionnaire de son administration, qui ne le rémunère plus. Il perd ses droits à l'avancement et à la retraite (hormis ceux qu'il a déjà acquis).

Il peut demander sa réintégration mais le statut général précise que le fonctionnaire en disponibilité qui refuse successivement trois postes proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire.

V. L'accomplissement du service national « et des activités dans la réserve opérationnelle »

La position *« accomplissement du service national »* entraîne la perte du traitement d'activité. Elle se distingue ainsi de la position du fonctionnaire qui accomplit soit une période d'instruction militaire ou d'activité dans la réserve opérationnelle soit une période d'activité dans la réserve de sécurité civile, n'excédant pas une certaine durée [1].

VI. Le congé parental « et congé de présence parentale »

Un fonctionnaire peut demander, pour une durée maximale de trois ans, un congé parental afin d'élever son enfant. Il cesse de bénéficier de ses droits à la retraite, et ses

---

1. Ce que précise l'article 34 de la loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile.

droits à l'avancement d'échelon sont réduits de moitié. Mais à l'expiration du congé, il est réintégré de plein droit, au besoin en surnombre, dans son administration d'origine. De ce congé parental se distingue le congé de présence parentale qui peut être demandé lorsque la maladie, l'accident ou le handicap graves d'un enfant à charge nécessite la présence de sa mère ou de son père auprès de lui.

Toutes ces positions concernent les fonctionnaires titulaires. La situation des personnes occupant des *emplois supérieurs laissés à la décision du gouvernement,* est différente : en particulier les fonctionnaires occupant de tels emplois peuvent, s'ils ont accompli au moins vingt ans de service, demander à être placés en position de **congé spécial**. Sous certaines conditions, ils bénéficient d'un traitement mais lorsqu'ils ont atteint la limite d'âge de leur grade, ou au plus tard après cinq ans, ils sont admis d'office à la retraite avec droit à pension.

B. La notation et l'avancement

La notation et l'avancement sont caractéristiques du *système français de la carrière* [1]. La notation doit refléter la valeur professionnelle du fonctionnaire et constitue un élément de sa progression opérée par la technique de l'avancement.

I. La notation

Le pouvoir de fixer les notes et appréciations générales est exercé par le chef de service selon des critères fixés par arrêtés ministériels [2]. Les commissions administratives paritaires ont connaissance de ces notes et appréciations, et elles peuvent en proposer la révision à la demande de l'intéressé.

Les notes et appréciations doivent être communiquées au fonctionnaire, et elles sont classées dans son **dossier individuel** qui contient toutes les pièces intéressant sa situation administrative, notamment le compte rendu de son *entretien d'évaluation* [3]. Ce dossier ne peut comprendre aucune indication relative aux opinions ou activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques du fonctionnaire.

II. L'avancement

L'avancement s'effectue de façon continue d'échelon en échelon et de grade en grade. L'*avancement d'échelon* est fonction à la fois de l'ancienneté et de la valeur profession-

---

1. Ils ont un caractère statutaire. Ainsi, par exemple, alors même qu'il y avait eu accord avec les organisations syndicales, la direction de La Poste n'avait pas le pouvoir de mettre en place un nouveau régime d'appréciation des personnels qu'elle estimait mieux correspondre aux conceptions modernes en matière de gestion des ressources humaines (CE 21 déc. 1994, *M. Gaillard et autres*, *AJDA* 1995.344, obs. S. Salon).
2. V. le décret du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État (*JO* 1er et 2 mai 2002) ; et S. Salon et J.-C. Savignac, « La réforme de la notation des fonctionnaires de l'État », *AJDA* 2004.958.
3. D'après le décret du 29 avril 2002 le prévoyant, « cet entretien qui porte, principalement, sur les résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire au regard des objectifs qui lui sont assignés et des conditions d'organisation et de fonctionnement du service dont il relève, sur ses besoins de formation compte tenu notamment, des missions qui lui sont imparties et sur ses perspectives d'évolution professionnelle en termes de carrière et de mobilité, peut également porter sur la notation » ; il est « conduit par le supérieur hiérarchique direct ».

nelle des fonctionnaires. L'*avancement de grade* a évidemment une portée plus grande et est soumis à des dispositions spéciales ; il intervient au choix par inscription à un tableau annuel d'avancement établi soit après avis de la commission administrative paritaire, soit après une sélection par examen professionnel, soit par concours.

Il va de soi qu'il peut toujours y avoir contrôle du juge administratif. Sont admis les recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'inscription au tableau d'avancement et contre les mesures de notation [1].

Ce système n'en suscite pas moins depuis longtemps des interrogations et fait l'objet de discussions. Notation et avancement, tels qu'ils sont réglementés, permettent-ils notamment de prendre en compte les responsabilités exercées et les résultats obtenus par chacun ? Poser la question, c'est encore pour beaucoup apporter une réponse négative. Mais l'on peut considérer que c'est moins la réglementation elle-même qui est en cause que son inapplication. Correctement appliqué le décret du 29 avril 2002 offre sans aucun doute bien des possibilités. Cela n'empêche pas d'admettre que **« redonner toute sa place au mérite »** ne peut qu'aller de pair avec des mesures visant à « desserrer l'étau statutaire et réglementaire, et à sortir du cadre étroit des corps actuels pour pouvoir plus facilement déconcentrer la gestion des personnels » [2]. Ce n'est qu'un aspect d'une réforme générale.

C. La cessation de fonctions

Le statut général (article 24 de la loi du 13 juillet 1983) dispose que la cessation définitive de fonctions qui entraîne la radiation des cadres et donc la perte de la qualité de fonctionnaire résulte de quatre cas.

I. L'admission à la retraite

Elle intervient à la limite d'âge variable selon les catégories de fonctionnaires (entre 55 ans et 65 ans, sauf cas particuliers). Lorsque cette limite d'âge est atteinte, l'Administration est obligée de prononcer la mise à la retraite (sa compétence est liée). Mais le fonctionnaire peut, selon les conditions fixées par les textes, demander sa mise à la retraite avant la limite d'âge ou bénéficier d'une cessation progressive d'activité.

II. La démission

Le fonctionnaire peut présenter sa démission, mais celle-ci doit être acceptée par l'autorité investie du pouvoir de nomination (en cas de refus, l'intéressé peut saisir la commission administrative qui émet un avis motivé). Une fois acceptée, la démission est irrévocable et la réintégration impossible.

---

1. Longtemps « mesures d'ordre intérieur » insusceptibles de recours, les décisions de notation ont été considérées comme des « mesures préparatoires » (dont l'irrégularité pouvait être invoquée à l'appui de recours contre les décisions ultérieures) avant de pouvoir elles-mêmes faire l'objet d'un recours direct (CE 23 nov. 1962, *Camara*, *R.* 627 ; *AJDA* 1962, chron. M. Gentot et J. Fourré ; *JCP* 1963.II.13111, note A. Gandolfi). Le contrôle est restreint.
2. Conseil d'État, *Rapport public 2003*, p. 362 ; et *infra*, *Pour approfondir*.

III. Le licenciement

Le licenciement, qui peut intervenir pour insuffisance professionnelle, n'est pas une sanction disciplinaire, dans la mesure où il n'y a pas faute. Toutefois, la frontière est relativement floue entre les mesures prises dans l'intérêt du service et celles qui ont un caractère disciplinaire [1]. Pour éviter les risques d'abus, le licenciement ne peut être prononcé qu'après observation de la procédure prévue en matière disciplinaire [2].

IV. La révocation

C'est la plus grave des sanctions disciplinaires. Elle entraîne la perte des droits à pension.

1. V. J.-P. Carton, « Essai de typologie de l'insuffisance professionnelle », *AJDA* 2003.265.
2. V. *infra*, p. 382.

Chapitre 4

Les droits et obligations des fonctionnaires

En raison de la nature de ses fonctions, qui reposent sur l'*intérêt général* et le *service public,* le fonctionnaire n'est pas un salarié comme les autres. Certes, il bénéficie de la sécurité de l'emploi, mais il est astreint à des obligations strictes dont la méconnaissance peut donner lieu à des sanctions disciplinaires. Cependant, le fonctionnaire est un *citoyen à part entière,* et il a droit au respect des libertés fondamentales. Toute l'histoire du droit de la fonction publique est une tentative de conciliation entre les devoirs du fonctionnaire et ses droits.

Les textes sont longtemps restés lacunaires sur des points importants et la jurisprudence du Conseil d'État a joué un rôle décisif en la matière. L'actuel statut général intègre ainsi divers éléments prétoriens et comporte un titre I définissant les droits et obligations de façon égalitaire pour l'ensemble des fonctionnaires.

Section 1
Les droits

§ 1. Le droit à rémunération

Les fonctionnaires ont droit, **après service fait**, à une rémunération qui comprend le traitement et, éventuellement, diverses indemnités et suppléments [1].

Le traitement principal est impersonnel. Il est lié au grade, à l'emploi, et à l'ancienneté. Il existe une grille des traitements classés par indices.

---

1. Parmi ces indemnités, les *« primes »* sont aussi mal connues que discutées. Dans la fonction publique de l'État, si nul ne conteste qu'elles engendrent des disparités assez considérables entre les fonctionnaires des différentes administrations, il semble particulièrement difficile, pour ne pas dire impossible, d'en établir un tableau quantitatif précis. La Cour des comptes (par ailleurs, juge des comptes des comptables publics, lesquels engagent leur responsabilité en cas de versement irrégulier de primes à des fonctionnaires — V., par exemple *AJDA* 2003.2313) l'a souvent déploré. Fin 1999, dans son rapport *La fonction publique de l'État* (éd. des Journaux officiels), elle conclut que « les rémunérations accessoires forment un ensemble particulièrement complexe et opaque, qui n'évolue pas dans le sens d'une simplification, mais dans celui de l'ajout de mesures catégorielles nouvelles ». Pour y remédier, une refondation d'ensemble des régimes indemnitaires est aujourd'hui engagée. Selon le Conseil d'État (*Rapport public 2003*, p. 360), elle devrait aboutir à une rémunération constituée de trois éléments : le traitement principal ; un complément rémunérant la fonction ou l'emploi (lié au métier : compétences requises, sujétions, localisation) ; un complément indemnitaire modulable (« rémunérant la performance individuelle de l'agent ou son implication dans le travail, ou la performance collective du service dans lequel il est affecté »).

Hormis le cas des *congés,* le fonctionnaire ne perçoit son traitement que s'il a exercé son activité, c'est-à-dire rempli ses obligations de service. Le *problème du contenu du service* a donné lieu à des controverses et à une jurisprudence complexe. Une loi du 22 juillet 1977 a même étendu la notion de service non fait en prenant en compte à la fois l'interruption du travail (la totalité ou une fraction des heures de services), et l'inexécution de tout ou partie des obligations de service attachées à la fonction (par exemple, le refus de recevoir des élèves dans une classe en plus de l'effectif « normal »...) et ce texte, abrogé par une loi de 1982, a été rétabli en 1987 [1].

Le principe du paiement des fonctionnaires après service fait est une garantie fondamentale dont les règles générales sont fixées par le législateur, mais les modalités d'établissement des traitements, le montant des rémunérations et les mécanismes de revalorisation sont de la compétence du pouvoir réglementaire.

Évidemment, le droit à la rémunération se prolonge, après l'admission à la *retraite,* par un droit à pension, lequel relève d'un régime spécial de retraite [2].

§ 2. Les libertés d'opinion et d'expression

La *liberté d'opinion* est une liberté fondamentale expressément affirmée dans l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983. Il ne peut y avoir aucune distinction entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques. Ces opinions ne peuvent pas être mentionnées dans le dossier individuel du fonctionnaire.

Au-delà de la liberté d'opinion, se pose le problème beaucoup plus compliqué de la *liberté d'expression,* c'est-à-dire des manifestations extérieures des opinions, qui est assortie d'une **obligation de réserve** dont il est difficile de définir les frontières. La jurisprudence sur cette question est très fournie et il est sans doute difficile de codifier les règles en la matière, compte tenu de la diversité des situations des fonctionnaires, en raison de la nature de leurs fonctions et de leur place dans la hiérarchie. C'est sans doute pour cela que le législateur s'est abstenu en 1983 de faire référence à la liberté d'expression et à l'obligation de réserve. L'exposé des motifs de la loi indique que cette obligation dépend très largement de l'emploi occupé et que lui donner une portée générale et absolue pourrait aboutir à limiter, pour la très grande majorité des agents, la liberté d'expression. Il précise

---

1. V. R. Chapus, *DA II*, n° 365. V. aussi *infra*, p. 377, sur le cas de la grève.
2. Sur ce régime et les conséquences de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites : www.retraites.gouv.fr. Sept décrets d'application sont intervenus le 26 décembre 2003. L'un fixe notamment de nouvelles règles d'attribution des bonifications pour enfant, de façon à ce qu'elles s'appliquent aux hommes, comme aux femmes. Les règles antérieures accordant aux seules femmes fonctionnaires une bonification d'ancienneté au titre des enfants qu'elles ont élevés avaient été jugées contraires au principe d'égalité des rémunérations affirmé par l'article 141 du traité instituant la Communauté européenne (CE 29 juill. 2002, *M. Griesmar*, *AJDA* 2002.823, concl. F. Lamy) — Dans le même sens (à propos des dispositions réservant aux femmes fonctionnaires mères de trois enfants le droit à une pension immédiate après quinze ans de service) : CE 26 févr. 2003, *M. Llorca*, *AJDA* 2003.1005, concl. G. Goulard. Depuis, la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004 a ouvert le bénéfice de la jouissance immédiate de pension aux hommes comme aux femmes, à la condition qu'ils soient parents de 3 enfants, mais également qu'ils aient, pour chaque enfant interrompu leur activité dans des conditions fixées par décret (décret du 10 mai 2005) – Les dispositions de cette loi ayant une portée rétroactive ont fait l'objet de l'avis contentieux CE 27 mai 2005, *Provin*, *supra*, p. 64.

en conséquence que la portée de cette obligation continuera d'être appréciée au cas par cas par le juge, conformément aux données fondamentales de la jurisprudence.

a) D'une part, il faut distinguer la liberté d'expression **en dehors du service et dans l'exécution du service.** Dans le premier cas, la liberté est le principe : un fonctionnaire peut appartenir au parti politique de son choix, à un groupement à caractère confessionnel ou autre, etc. Mais dans le service, la liberté de l'agent public est limitée par un devoir de stricte *neutralité* et même par un devoir de *loyalisme* envers les institutions : « Dans l'exécution du service, l'État peut exiger du fonctionnaire qu'il s'abstienne de tout acte propre à faire douter non seulement de sa neutralité mais de son loyalisme envers les institutions, voire, compte tenu de l'obéissance hiérarchique, envers le gouvernement », écrit ainsi un commissaire du gouvernement [1].

b) D'autre part, s'impose à tous les fonctionnaires une obligation de réserve. Déjà prise en compte d'une certaine façon au moment du recrutement, elle s'applique de manière stricte dans le service, et plus souplement en dehors du service. Elle reste floue, et l'on peut dans certains cas se demander s'il n'y a pas là « une qualification à laquelle l'Administration recourt pour donner l'apparence d'une justification juridique à des appréciations circonstancielles et subjectives » [2]. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence révèle que tous les agents publics doivent éviter l'outrance et la violence dans les propos, les écrits ou les comportements [3], même en dehors du service. Pour le reste, c'est très variable. Le devoir de mesure ou de modération est **particulièrement strict pour certaines catégories de personnels :** fonctionnaires directement mêlés à l'action gouvernementale [4], militaires, agents de l'État en poste à l'étranger, magistrats aussi [5]. Au contraire, les responsables syndicaux, parce qu'ils conduisent « un combat », comme l'explique le commissaire du gouvernement Heumann [6], peuvent se livrer à des actes qui seraient considérés comme contraires à l'obligation de réserve pour d'autres agents publics [7].

Dans le même ordre d'idée, il est à noter que la seule allusion à la liberté d'expression faite dans la loi du 13 juillet 1983 concerne (outre le cas des fonctionnaires candidats à un mandat électif ou élus), les fonctionnaires siégeant comme représentants du personnel dans un organe consultatif placé auprès des pouvoirs publics : leur carrière, est-il précisé (art. 7), « ne saurait être influencée par les positions qu'ils y ont prises ».

---

1. CE 3 mai 1950, *Demoiselle Jamet*, *R.* 247 ; 1er oct. 1954, *Guille*, *R.* 497, concl. P. Laurent. Et il faut souligner que le principe de laïcité de l'État et de neutralité des services publics impose aux agents publics de ne pas exprimer, dans le cadre du service, leurs croyances religieuses, notamment en portant un signe religieux : V. *infra*, p. 550.
2. J. Rivero, « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977.580.
3. V. par exemple CE 11 juill. 1939, *Ville d'Armentières*, *R.* 468.
4. CE 13 mars 1953, *Tessier*, concl. J. Donnedieu de Vabres, *D.* 1953.735 ; 20 janv. 1956, *Nègre*, *R.* 24 ; 10 mars 1971, *Jannes*, *AJDA* 1971.622.
5. CE 1er déc. 1972, *Demoiselle Obrego*, concl. S. Grévisse, *AJDA* 1973.37.
6. CE 18 mai 1956, *Boddaert*, *Rev. Pratique de DA* 1956.105, concl. Heumann.
7. CE 25 mai 1966, *Rouve*, *AJDA* 1966.561 ; 31 janv. 1975, *Exertier et Volff*, *AJDA* 1975.126.

§ 3. Le droit syndical

Le droit syndical n'a été que tardivement reconnu, au moins officiellement [1]. Si le groupement de fonctionnaires sous forme d'associations a été facilement admis, étant donné le caractère général de la loi du 1er juillet 1901, la formation de **syndicats de fonctionnaires** n'était pas prévue par la loi du 31 mars 1884 ouvrant le droit syndical aux salariés. Des syndicats s'étaient formés, mais ils n'avaient pas d'existence légale. Celle-ci s'est trouvée consacrée, d'une part, de façon générale par le Préambule de la Constitution de 1946, et, d'autre part, spécifiquement par le statut de la fonction publique de 1946. Ces dispositions ont été reprises par le statut de 1959. De même la loi du 13 juillet 1983 réaffirme ce droit fondamental dans son article 8 : « Le droit syndical est garanti aux fonctionnaires. Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats ».

Les organisations syndicales ont des attributions importantes. D'abord, elles jouent un rôle dans l'organisation et le fonctionnement des services, l'élaboration des règles statutaires et les décisions individuelles relatives aux fonctionnaires, par le biais de *représentants du personnel, désignés ou élus, dans les organismes paritaires consultatifs* (conseil supérieur, commissions administratives paritaires, comités techniques paritaires). Ensuite, elles ont qualité pour conduire au niveau national les négociations concernant les rémunérations. Enfin, il leur est reconnu le droit de se pourvoir en justice pour défendre les intérêts collectifs des fonctionnaires [2].

Les responsables syndicaux disposent d'une liberté d'expression étendue. Toutefois, les syndicats et leurs représentants doivent s'en tenir à la défense des intérêts professionnels. Le syndicalisme politique est interdit, et l'action syndicale doit toujours se concilier avec le respect de la discipline [3]. L'exercice du droit syndical ne doit pas gêner le fonctionnement du service, mais il suppose néanmoins des facilités accordées par les administrations. Un décret du 28 mai 1982 [4] relatif à l'exercice du droit syndical a renforcé les moyens des syndicats : disposition de locaux, affichage et distribution de documents, réunions, décharges d'activité de service pour assurer des responsabilités syndicales. Le décret fixe des conditions précises, mais il apporte des avantages certains (et garantit réglementairement ces modalités de l'action syndicale, ce qui n'était pas le cas auparavant). De plus, le statut général dispose que les fonctionnaires ont droit à un congé pour formation syndicale avec traitement, pour une durée maximale de 12 jours par an.

§ 4. Le droit de grève

Le problème de fond du droit de grève des agents publics est celui de sa compatibilité avec le *principe de continuité des services publics* dans l'intérêt général, comme le montre son histoire mouvementée.

---

1. J. Siwek-Pouydesseau, *Les syndicats de fonctionnaires depuis 1948,* PUF, Politique d'aujourd'hui, 1988 ; « Les syndicats de fonctionnaires », *RFAP* 1996.509.
2. *Supra*, p. 355 ; et *infra*, p. 614.
3. V. CE 8 juin 1962, *Frischmann*, *D.* 1962.492.
4. Décret du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique (*JO* 30 mai 1982).

A. L'évolution

Pendant longtemps, la grève a eu un caractère illicite. La jurisprudence est claire sur ce point. Dans l'affaire *Winkell*, en 1909 [1], le Conseil d'État considère que la grève est une rupture du contrat de fonction publique. En 1937, dans l'affaire *Minaire* [2], il indique que, par la grève, « les agents se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements ».

Le contexte juridique change avec le Préambule de la Constitution de 1946. En affirmant que **« le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent »**, le constituant reconnaît en même temps la licéité de la grève et la nécessité d'une réglementation par voie législative. Mais, contrairement à ce qui était supposé, le législateur n'a pas défini la réglementation *globale* de la grève dans la fonction publique. Les statuts de 1946 et 1959 n'évoquaient pas cette question. Quant à l'actuel statut général, il se contente, dans l'article 10 de la loi du 13 juillet 1983, de réaffirmer que « les fonctionnaires exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent ». Depuis 1946, le législateur est bien intervenu en la matière mais il ne s'agit que de lois partielles. En dehors de ces dispositions particulières, l'exercice du droit de grève fait l'objet, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, de mesures réglementaires très nombreuses.

B. Les lois relatives à la grève

Le législateur est intervenu soit pour interdire la grève à certaines catégories de fonctionnaires, soit pour poser des limitations générales.

a) En raison de la nature spécifique de leurs fonctions, diverses catégories de fonctionnaires n'ont pas le droit de faire grève, et, en cas de violation de cette *interdiction,* il y a sanction sans garanties disciplinaires. Tel est le cas des CRS (loi du 27 décembre 1947), de tous les personnels de police (loi du 28 septembre 1948), des personnels de l'administration pénitentiaire (ordonnance du 6 août 1958), des magistrats de l'ordre judiciaire (ordonnance du 22 décembre 1958), des agents des services de transmission du ministère de l'Intérieur (loi du 31 juillet 1968).

Une loi du 2 juillet 1964 avait posé l'interdiction de faire grève pour certains personnels de la navigation aérienne (les « aiguilleurs du ciel ») mais ce texte a été abrogé en 1984 [3] ; toutefois l'exercice du droit de grève est assorti pour ces agents de l'obligation d'assurer un *service minimal* [4].

---

1. CE 7 août 1909, *Winkell*, *R.* 826 (La référence à un « contrat de droit public » liant le fonctionnaire à l'Administration peut ici surprendre ; même en 1909, elle apparaissait discutable ; pour l'expliquer au vu du contexte et saisir l'intérêt que présente encore l'arrêt Winkell pour la compréhension des problèmes contemporains de la fonction publique, v. J. Lafon, « Le contrat de fonction publique. Note sur la naissance de l'État patron », Sirey, *Revue historique de droit français et étranger,* 1974, nº spécial (dir. P. Legendre), « La bureaucratie et le droit », p. 102).
2. CE 22 oct. 1937, *Minaire*, *R.* 843.
3. Loi du 31 décembre 1984 relative à l'exercice du droit de grève dans les services de la navigation aérienne (*JO* 1er janv. 1985).
4. Une loi du 26 juillet 1979, modifiant la loi du 7 août 1974 relative à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, a donné lieu à une décision du 25 juillet

b) La loi du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics porte *interdiction des grèves tournantes,* des *grèves sectorielles* et aussi des *grèves inopinées* par l'exigence d'un *préavis de cinq jours,* donné par l'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national. Elle précise en outre que le gréviste perd son droit au traitement et que toute interruption du travail d'une durée inférieure à une journée entraîne néanmoins le non-paiement d'un « trentième indivisible » de sa rémunération mensuelle. Sur ce dernier point, la loi du 19 octobre 1982 avait institué un système plus souple de retenues : 1/160 du traitement pour une heure au maximum, 1/50 pour un temps compris entre une heure et une demi-journée, enfin l/30 pour un temps compris entre une demi-journée et une journée. Mais le système antérieur a été rétabli en 1987 pour les fonctionnaires de l'État [1].

C. Les dispositions réglementaires

En l'absence de la législation générale annoncée par le Préambule de la Constitution de 1946 concernant le droit de grève, le Conseil d'État a admis, dans l'**arrêt *Dehaene* de 1950** [2], qu'il appartient au gouvernement « responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer lui-même, sous contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».

La mise en vigueur de la Constitution de 1958 n'a pas modifié la position du problème, puisque le Préambule de 1946 demeure un élément du droit positif. Le juge a, en outre, estimé que la loi de 1963 ne constitue pas « la charte de la grève » qui eût interdit les interventions d'un pouvoir réglementaire autonome [3]. Il a aussi admis que l'article 34 de la Constitution qui précise que le Parlement fixe les règles relatives aux garanties

---

1979 du Conseil constitutionnel (*JO* 27 juill. 1979). Pour opérer les limitations à la grève, le texte adopté par le Parlement se référait à la totalité des missions des sociétés de télévision, et au « service normal ». Or le Conseil constitutionnel a déclaré que le législateur ne pouvait substituer le « service normal » au « service minimal » et que ces dispositions n'étaient pas conformes à la Constitution. En effet, le droit de grève est « un principe de valeur constitutionnelle » et si le législateur est bien habilité à en tracer des limites, et même à interdire la grève, il ne peut le faire que pour les « agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ». La loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle a repris la notion de service minimal, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel ; et la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication réglemente également l'exercice du droit de grève pour les personnels appartenant au secteur public de la communication audiovisuelle. La loi du 25 juillet 1980 relative à la protection et au contrôle des matières nucléaires (déclarée conforme à la Constitution par une décision du 22 juillet 1980 du Conseil constitutionnel) contient aussi des dispositions très rigoureuses : aucune action ne doit mettre en cause la sûreté et la protection des matières nucléaires, et des sanctions immédiates peuvent être prises contre les agents.

1. Loi du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social (*JO* 31 juill. 1987) (art. 89) ; CC 28 juill. 1987, *RFDA* 1987.807, comm. B. Genevois (Quels sont les fondements juridiques des retenues pécuniaires consécutives à une grève ?). V. aussi : CE 7 juill. 1978, *Omont*, *R.* 304 (les retenues pour les périodes de grève s'appliquent également aux jours non ouvrables inclus dans ces périodes) ; CE, avis contentieux, 8 sept. 1995, *M. Noyau*, *AJDA* 1995.851, chron. p. 794 (il est impossible d'inclure dans les retenues les cotisations de Sécurité sociale et de pension de retraite) ; Circ. 30 juill. 2003 relative à la mise en œuvre des retenues sur la rémunération des agents publics de l'État en cas de grève (*JO* 5 août 2003) ; F. Melleray, « Les retenues pécuniaires pour fait de grève dans les services publics », *AJDA* 2003.1648.
2. CE 7 juill. 1950, *Dehaene*, *R.* 426 ; *RDP* 1950.691, concl. Fr. Gazier, note M. Waline ; *GAJA* n° 65.
3. CE 16 déc. 1966, *Syndicat national des fonctionnaires et agents des préfectures et sous-préfectures*, *R.* 662.

fondamentales accordées aux fonctionnaires ne modifie pas la répartition des compétences entre la loi et le règlement.

En application de la jurisprudence *Jamart* [1], le pouvoir de réglementer la grève appartient aussi aux ministres et aux chefs de service [2].

Un problème particulier se pose au sujet des services publics dotés de la personnalité morale, notamment les établissements publics. Le pouvoir hiérarchique ne s'exerçant pas en principe sur ces organismes, c'est au directeur du service que revient le pouvoir de poser la réglementation [3]. Toutefois, certains textes attribuent au ministre de tutelle cette compétence [4].

Le juge a dégagé des règles pour l'exercice du droit de grève, délimitant ainsi l'étendue du pouvoir des autorités administratives. La grève « politique » est interdite, et l'exercice du droit de grève doit se concilier avec le devoir de réserve. Serait, en revanche, irrégulière une interdiction générale et absolue de la grève [5]. En effet, les mesures réglementaires doivent avoir seulement pour but d'assurer un fonctionnement minimal du service. En conséquence, l'interdiction du droit de grève est *fonction des emplois* et non des grades : peuvent être touchés les agents chargés de fonctions d'autorité et ceux qui remplissent les tâches d'exécution nécessaires au maintien des activités essentielles des services. Le juge contrôle aussi la nécessité d'assurer telle ou telle activité et la désignation du personnel indispensable [6]. Enfin, et toujours sous le contrôle du juge, le gouvernement peut user de ses pouvoirs de *réquisition* lorsque la continuité du service public est durablement et gravement affectée [7].

En définitive, le droit de grève fait l'objet d'une réglementation étendue et diversifiée. En ce sens, on pourrait dire, comme Jean Rivero, qu'il « existe dans les services publics chaque fois que, ne pouvant nuire à personne, il n'est d'aucun secours pour ceux qui l'exercent » [8]. Mais il faut remarquer aussi que la grève est un phénomène de société et l'expression d'un rapport de forces qui échappe assez largement au droit. La réglementation est souvent réduite à néant dans les faits. Ce qui sans doute donne à penser à certains qu'elle n'existe pas et suscite périodiquement des velléités de réforme [9].

---

1. CE 7 févr. 1936, *Jamart*, *R.* 172 ; *GAJA* n° 50.
2. CE 14 mars 1956, *Hublin*, *R.* 117.
3. CE 17 mars 1997, *M. Hotz* (1re esp.), *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries de l'énergie électrique, nucléaire et gazière*, *AJDA* 1997.533, note M. Bellanger et G. D'arcy.
4. CE 13 juill. 1968, *Syndicat unifié des techniciens de l'ORTF*, *R.* 444.
5. CE 10 juin 1959, *Syndicat national des personnels de préfecture*, *R.* 354.
6. V. notamment : CE 28 nov. 1958, *Lépouse*, *R.* 596 ; CE 26 oct. 1960, *Syndicat général de la navigation aérienne*, *R.* 567 ; CE 4 févr. 1981, *Fédération CFTC des personnels de l'environnement, de l'équipement et du logement, des transports et du tourisme*, *R.* 45.
7. CE 24 févr. 1961, *Isnardon*, *R.* 150. Et, plus récemment, dans le cadre d'un référé-liberté : CE 9 déc. 2003, *Mme Aguillon*, *RFDA* 2004.306, concl. J.-H. Stahl, note P. Cassia (suspension d'un arrêté préfectoral de réquisition de l'ensemble des sages-femmes d'une clinique).
8. J. Rivero, « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence », *Revue de droit social*, 1951.594.
9. De nombreuses propositions de lois ont ainsi été faites, tendant à instaurer un service minimum dans les transports publics. Et, lors de ses vœux pour 2004 le Président de la République a souhaité l'instauration à brève échéance d'un *« service garanti »*...
Pour des aspects de droit comparé, en la matière : P. Gonod (*Les cahiers de la fonction publique*, mars 2005, p. 13, sur la situation en Allemagne) ; et, plus généralement, L. Dore (*RDP* 2005.885).

La voie paraît être plutôt celle du dialogue social et de la prévention des conflits. Ne compte pas moins, s'il y malgré tout grève, l'information des usagers, notamment dans les transports publics. Le juge l'admet, considérant que, s'il appartient aux organes dirigeants de la RATP de garantir l'effectivité du principe de continuité du service public, « il ne résulte pas de ce principe qu'ils seraient tenus d'édicter à tout moment une réglementation du droit de grève » [1].

Section 2
Les obligations

Les analyses précédentes montrent qu'à tous les droits et libertés des fonctionnaires sont attachées des obligations dans l'intérêt du service et pour les nécessités de l'ordre public. Par ailleurs, le statut général comporte une énumération d'obligations qui s'imposent aux fonctionnaires (§ 1) sous la menace de la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire et de l'application d'une sanction (§ 2).

§ 1. L'ÉTENDUE DES OBLIGATIONS

Trois obligations fondamentales sont posées par la loi du 13 juillet 1983.

A. L'obligation de se consacrer à sa fonction

Les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Est interdit tout cumul d'activités professionnelles, et, donc, est exclue toute activité privée lucrative, sauf dérogation fixée par décret en Conseil d'État.

De plus, les fonctionnaires ne peuvent avoir des intérêts soit directement, soit par personne interposée, dans une entreprise soumise au contrôle de leur administration. Cette obligation de désintéressement ou « **devoir de probité** » fait l'objet de dispositions du Code pénal instituant le *délit de prise illégale d'intérêt* (art. 423-13) ainsi que d'un décret du 17 février 1995 qui a déterminé les *activités privées interdites aux fonctionnaires placés en disponibilité ou ayant cessé définitivement d'exercer leurs fonctions* [2].

---

1. CE, *Onesto et autres*, *AJDA* 2006.576 : rejet d'un recours contre le refus de la présidente de la RATP d'instaurer un service minimum ; « eu égard, d'une part, aux mesures prises par la RATP, en particulier au dispositif contractuel d'« alarme sociale », en vue de limiter le recours à la grève, lesquelles ont produit des résultats en termes de nombre de jours de grève par an, d'autre part, aux pouvoirs notamment en matière de réquisition, dont dispose l'État... ». La RATP, comme la SNCF, s'est engagée par ailleurs, dans le cadre d'un accord avec le Syndicat des transports d'Ile de France (STIF), à garantir toujours un certain service – Le non-respect de l'engagement entraînant pour l'entreprise publique des pénalités.
2. V. CE 6 déc. 1996, *Société Lambda*, *RFDA* 1997.173, concl. D. Piveteau, *GAJA* n° 104 : les dispositions pénales « font également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il (leur) contreviendrait » ; est annulée, en conséquence, la nomination au poste de sous-gouverneur du Crédit foncier de France d'un fonctionnaire qui, avant cette nomination, « exerçait en sa qualité de chef du service des affaires monétaires et financières à la Direction du Trésor, un contrôle direct sur cet

B. L'obligation de discrétion professionnelle et de secret

Les fonctionnaires ne peuvent divulguer les faits, documents, informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions [1], sous réserve d'une autorisation expresse de l'autorité administrative. Toutefois, la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et le public reconnaît la liberté d'accès aux documents administratifs et, par voie de conséquence, oblige les fonctionnaires (dans les cas prévus par la réglementation) à satisfaire aux demandes d'information émanant des usagers des services publics.

Les fonctionnaires sont également astreints au secret professionnel défini par le Code pénal qui vise toutes les personnes ayant révélé des secrets dont elles sont les dépositaires de par leurs fonctions.

C. L'obligation d'obéissance hiérarchique

Chaque fonctionnaire assume la responsabilité des tâches qui lui sont confiées et il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique.

L'exercice du pouvoir hiérarchique et l'obligation d'obéissance posent certains problèmes.

– En premier lieu, la hiérarchie ne saurait faire échec au respect des compétences telles qu'elles sont établies par les textes. Ainsi un acte pris sur ordre du supérieur hiérarchique mais opérant une véritable substitution de compétence est, en principe, irrégulier.

– En second lieu, le statut général explicite une règle que le juge avait déjà dégagée : le fonctionnaire ne doit pas obéir à un *ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.* À côté du devoir d'obéissance, il existe donc un **devoir de désobéissance** qui reste marginal en pratique, compte tenu du risque et de la difficulté à déterminer l'illégalité manifeste d'une décision. Toutefois, le manquement à ce devoir de désobéissance peut entraîner une sanction, et, en cas d'acte délictueux, des poursuites. L'affaire *Langneur* [2] montre bien les difficultés de cette question, à propos de détournement de deniers publics : le juge a considéré que, bien qu'il ait exécuté les instructions de son supérieur, le sieur Langneur est demeuré responsable de ses actes et a commis une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire [3].

établissement », lequel, « eu égard à son statut juridique de droit privé et à la composition de son capital » est une entreprise privée.

1. CE 6 mars 1953, *Demoiselle Faucheux*, *RDP* 1953.1030, note M. Waline.
2. CE 10 nov. 1944, *Langneur*, *R.* 288, *D.* 1945.87, concl. B. Chenot.
3. V. É. Desmons : « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits,* n° 15, 1992, p. 101 ; *La responsabilité pénale des agents publics*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3345, 1998 (p. 75 et s. : « L'harmonie relative du droit pénal avec le droit disciplinaire »).V. aussi M.-O. Baruch, *Servir l'État français. L'administration en France de 1940 à 1944*, Fayard, Pour une histoire du xxe siècle, 1997 (avec en introduction « quelques questions simples : jusqu'où obéir, qu'est-ce que servir, et pour qui le faire ? »).

§ 2. La sanction des obligations

A. La notion de sanction disciplinaire

Une **faute professionnelle** d'un fonctionnaire peut entraîner, à la fois, une *répression disciplinaire* et une *répression pénale*. Dans les deux cas, il s'agit d'édicter une sanction en réponse à une faute. Il existe, toutefois, une réelle indépendance des deux procédures. L'autonomie de la répression disciplinaire tient à son lien avec l'exercice d'une fonction : la faute est fonctionnelle et la peine l'est aussi, alors que la répression pénale concerne tous les individus pour des faits qui ne sont pas liés à une fonction, et que la sanction pénale ne vise pas le coupable dans sa fonction mais dans sa liberté ou sa propriété. Pratiquement, la décision de l'autorité disciplinaire ne lie jamais le juge pénal : de nombreux agissements sont des fautes disciplinaires sans être, pour autant, des délits.

De même, l'autorité disciplinaire n'est pas liée par la décision du juge pénal, sauf lorsque ce dernier s'est prononcé sur l'existence ou l'inexistence de certains faits : ses constatations matérielles s'imposent à l'autorité administrative [1]. Enfin, lorsqu'un même fait constitue à la fois une faute disciplinaire et une infraction pénale, les deux répressions peuvent être cumulées (elles ne s'excluent pas mutuellement) [2].

B. La procédure et le contrôle du juge

Le pouvoir disciplinaire appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination : celle-ci peut infliger une sanction à un fonctionnaire pour toute faute commise dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions [3].

I. Les sanctions possibles

Il n'existe pas d'énumération légale des fautes, mais les sanctions sont fixées par le statut général (article 66 de la loi du 11 janvier 1984) et elles sont réparties en *quatre groupes.*

– Le premier groupe comporte l'avertissement et le blâme.

– Le deuxième groupe comprend, dans l'ordre croissant de gravité, la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement d'échelon, l'exclusion temporaire de fonctions (pour une durée maximale de quinze jours), enfin, le déplacement d'office.

– Le troisième groupe correspond à la rétrogradation, et à l'exclusion temporaire pour une durée de trois mois à deux ans.

– Quant au quatrième groupe, il s'agit des deux sanctions les plus graves : la mise à la retraite d'office, et la révocation.

---

1. Elles seules s'imposent. L'autorité de la chose jugée au pénal, en principe, ne s'étend pas aux qualifications opérées (CE 27 juill. 2005, *Ministre de la Santé, de la Famille et des personnes handicapées c / M. X.*, *AJDA* 2006.100, note D. Costa).

2. Par ailleurs, si le fonctionnaire apparaît avoir commis une *faute personnelle* génératrice d'un préjudice, sa responsabilité est engagée et la victime peut agir contre lui devant la juridiction judiciaire : v. *infra*, p. 580.

3. V. S. Bolle, « L'engagement des poursuites disciplinaires dans la fonction publique, un régime « introuvable » », *RFDA* 2001.421.

L'exclusion temporaire de fonctions est privative de toute rémunération, mais elle peut être assortie d'un sursis total ou partiel qui, toutefois, est révoqué si dans une période de cinq ans intervient une sanction du deuxième ou du troisième groupe. Parmi les sanctions les plus légères, celles du premier groupe, seul le blâme est inscrit au dossier du fonctionnaire, et, en outre, sa mention est effacée du dossier après trois ans si aucune autre sanction n'est intervenue.

II. La procédure

Les principes et règles traditionnels qui constituent des garanties pour tous les fonctionnaires sont repris dans le statut actuel [1].

Lorsqu'une procédure disciplinaire est engagée contre un fonctionnaire, celui-ci a droit à la *communication de l'intégralité de son dossier* (avec tous les documents annexes) et l'Administration doit l'informer de ce droit. Il peut se faire assister par les défenseurs de son choix. La procédure comprend obligatoirement (sauf pour l'avertissement et le blâme) la consultation d'un *conseil de discipline* dans lequel le personnel est représenté (ce sont les commissions administratives paritaires). Cet organisme émet un avis motivé qui est transmis à l'autorité disciplinaire. Celle-ci prend ensuite la décision, sans être liée par l'avis. Elle choisit une sanction, en fonction de la gravité de la faute, parmi celles qui sont limitativement énumérées par le statut. Sa décision doit être *motivée* et elle est immédiatement applicable. Mais le fonctionnaire peut, dans les conditions fixées par les textes, saisir la *commission de recours du Conseil supérieur de la fonction publique.* Cet organisme émet un avis ou une recommandation tendant à lever ou modifier la sanction s'il l'estime excessive.

Une autre disposition complète ce régime de la procédure disciplinaire : celle relative à la **suspension**. En effet, en cas de faute grave, l'Administration peut prendre cette *mesure préventive* dans l'intérêt du service, c'est-à-dire dans l'attente du règlement définitif de la situation du fonctionnaire. Celui-ci est suspendu de ses fonctions pour un délai de quatre mois au maximum. Si, dans ce délai, aucune décision n'a été prise, il est rétabli dans ses fonctions, sauf s'il est l'objet de poursuites pénales. La suspension n'entraîne pas la perte du traitement, et l'autorité qui la prononce doit saisir sans délai le conseil de discipline.

III. Le contrôle du juge

Le juge administratif contrôle l'exercice du pouvoir disciplinaire. Le fonctionnaire peut demander, d'une part, l'annulation d'une sanction qu'il estime irrégulière, et, d'autre part, une réparation pécuniaire du préjudice qu'il aurait éventuellement subi. Sont ainsi vérifiés la compétence de l'autorité (qui doit être celle investie du pouvoir de nomination), le respect de la procédure, les mobiles de l'auteur de la sanction (qui, par exemple, ne saurait agir pour favoriser un autre agent en vue d'une promotion). En ce qui concerne les faits et leur appréciation, la jurisprudence a beaucoup évolué. Le juge contrôle, depuis le début du XXe siècle [2], l'*exactitude matérielle* ainsi que la *qualification juridique* des faits, c'est-à-dire leur nature de faute justifiant l'application d'une sanction, mais non l'adéqua-

---

1. V. le décret du 25 octobre 1984 relatif à la procédure disciplinaire concernant les fonctionnaires de l'État.
2. CE 14 janv. 1916, *Camino*, *R.* 15 ; *GAJA* n° 30.

tion de la sanction à la faute [1]. À la fin des années 1970, il a accentué son contrôle, en recherchant si l'appréciation des faits n'est pas entachée d'une *erreur manifeste :* il vérifie désormais que la sanction prononcée n'est pas grossièrement inadaptée à la faute. Autrement dit, il n'annule la décision disciplinaire que dans les cas où l'erreur d'appréciation est, en quelque sorte, évidente [2].

---

1. V. les termes de l'arrêt *Chevreau*, CE 22 déc. 1967 (« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la gravité d'une sanction »), et les conclusions J. Kahn, *Droit ouvrier* 1968.113.
2. CE 9 juin 1978, *Lebon*, et 26 juill. 1978, *Vinolay et Cheval*, *AJDA* 1978.573, concl. B. Genevois.

POUR APPROFONDIR

1. Pour une problématique très éclairante sur la fonction publique, l'on peut citer un ouvrage certes ancien mais encore très remarquable : Roger GRÉGOIRE, *La fonction publique,* Armand Colin, 1954 ; réédition Dalloz, 2005.

2. Quant aux manuels qui renvoient aux études plus spécialisées, il s'agit notamment de : Jean-Marie AUBY, Jean-Bernard AUBY, Didier JEAN-PIERRE, Anthony TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique (État, collectivités locales, hôpitaux),* Dalloz, Précis, 5e éd., 2005 ; René CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Précis Domat, t. 2, 15e éd., 2001 ; Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif (A. de Laubadère),* LGDJ, 12e éd., t. 5, 2000, Fabrice MELLERAY, *Le droit de la fonction publique*, Economica, Corpus, 2005.

(Outre la revue l'*Actualité juridique. Fonctions publiques*, on peut ajouter dans les « collections de poche » : Jean-François LACHAUME, *La fonction publique,* Dalloz, Connaissance du droit, 3e éd., 2002 ; Gustave PEISER, *Droit de la fonction publique,* Dalloz, Mémentos, 18e éd., 2006 ; Marie-Hélène RENAUT, *Histoire de la fonction publique*, Ellipses, Mise au point, 2003 ; Luc ROUBAN, *La fonction publique*, coll. « Repères », La Découverte, 2e éd., 2004).

LA DISTINCTION ENTRE DEUX SYSTÈMES DE FONCTION PUBLIQUE : CELUI DE LA CARRIÈRE ET CELUI DE L'EMPLOI

Louis FOUGÈRE, dans *La Fonction publique* (Études et choix de textes commentés), Institut international des sciences administratives, Bruxelles, 1966, présentait ainsi la distinction :

> page 154 :
>
> On entend par système de la carrière un système dans lequel l'agent public, une fois recruté, devient membre d'un corps ou d'un cadre hiérarchisé comportant des emplois de niveau différent, où il passera toute sa vie professionnelle, en franchissant divers grades et en occupant successivement divers postes.
>
> Le système de la « carrière » ne se conçoit donc pas en dehors d'une organisation préalable et rigoureuse de l'Administration qui groupe les emplois dont les titulaires exercent des activités analogues et tendant à une même fin (par exemple, administration générale, contrôle fiscal, gestion des forêts, etc.) dans des corps ou cadres distincts les uns des autres, et qui comportent une série de grades et, à l'intérieur de ceux-ci, des échelons de traitement, dont le franchissement successif permet au fonctionnaire de « faire carrière ».
>
> On entend par système de « l'emploi » un système dans lequel l'agent public est recruté pour occuper un poste déterminé auquel il restera en principe affecté aussi longtemps qu'il sera au service de l'Administration.
>
> Dans un tel système, l'Administration est constituée par un ensemble de postes de travail très nombreux, correspondant aux diverses tâches qu'implique le fonctionnement des services publics et définis par les attributions afférentes à chacun d'eux.
>
> Le système de l'emploi n'est pas exclusif d'une vie professionnelle tout entière consacrée à la fonction publique, mais les liens qu'il établit entre l'Administration et ses agents sont en général moins durables que ceux qui sont noués sous le système de la carrière : on cite souvent l'exemple de cet officier américain, qui, tout jeune, avait occupé une dizaine de postes, de mieux en mieux payés, tantôt dans des services privés, tantôt dans les services fédéraux.

> La distinction faite entre ces deux systèmes a une importance primordiale pour l'étude des régimes de la fonction publique, car l'adoption de l'un ou de l'autre détermine pour une large part les caractères de ceux-ci ; là où est appliqué le système de la carrière, les fonctionnaires recrutés jeunes sont généralement soumis à un statut de droit public, édicté unilatéralement par l'État, modifiable à tout moment et qui les place, qu'il s'agisse de leurs droits ou de leurs obligations, dans une situation différente de celle des salariés privés, et caractérisée par une grande stabilité ; leur formation, du moins pour les agents de rang supérieur, s'attachera davantage à la culture générale qu'à la spécialisation technique ; là, au contraire, où prévaut le système de l'emploi, les fonctionnaires sont assimilés, pour l'essentiel, à des employés du secteur privé, placés le plus souvent sous un régime contractuel, et on leur demande moins d'être aptes à occuper des postes divers qu'à s'acquitter parfaitement d'une tâche bien définie.
>
> Si les deux systèmes s'opposent, ils peuvent cependant coexister dans un même pays. Les États les plus attachés au système de la carrière, recrutent, par voie contractuelle, certains agents pour des postes déterminés et ne soumettent pas toujours la totalité de leur personnel au régime statutaire de la fonction publique. À l'inverse, les pays qui appliquent le système de l'emploi forment des cadres ou corps pour certains types de fonctions.

LA POLITIQUE DE MODERNISATION ADMINISTRATIVE ET LA MOBILISATION DES FONCTIONNAIRES

Périodiquement débattue et toujours plus ou moins mise en œuvre, la réforme administrative a pris les traits, dans le discours politique, d'une « modernisation » (dossier 1 sur l'Administration publique). Les fonctionnaires en sont les acteurs à part entière et, de circulaire en circulaire, les Premiers ministres successifs appellent, tout particulièrement depuis 1989 (année de la circulaire Rocard sur « le renouveau du service public »), à leur mobilisation et à des engagements de qualité de service.

Pleinement responsables, les fonctionnaires se doivent d'être efficaces, préoccupés de répondre aux aspirations d'usagers-clients. Que valent, pour ce faire, les méthodes de gestion du privé ? L'intérêt qu'elles suscitent est à la mesure des critiques formulées à l'encontre du droit de la fonction publique, par exemple par Michel CROZIER : « L'extraordinaire rigidité du système humain que constitue l'administration, qui paralyse toute adaptation de sa part, est due au premier chef à la domination exclusive du raisonnement juridique pour tout ce qui concerne les droits et devoirs des fonctionnaires et les relations des citoyens avec la fonction publique » (*État modeste, État moderne. Stratégies pour un autre changement*, Fayard, 1987, p. 223 — éd. du Seuil, coll. « Points Essais », 2e éd., 1991, p. 208). Destinées à y remédier, des évolutions se dessinent (voir le texte de Jacques CAILLOSSE reproduit *supra*, dossier 1, p. 29) qui posent divers problèmes juridiques (voir, par exemple, *infra,* p. 421). D'une manière générale, elles peuvent conduire à s'interroger sur l'existence même d'un « statut ». **Le « système de la carrière » n'est-il pas devenu synonyme d'une gestion des personnels sclérosante parce que monolithique, égalitariste, centralisée ?**

Plus qu'au statut lui-même, les difficultés ou insuffisances de la modernisation, lorsqu'elles ont été constatées, sont souvent apparues liées à la façon dont il est appliqué. C'est ce que soulignait le *rapport Picq* remis au Premier ministre en 1994 (*L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde,* rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État présidée par Jean Picq, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1995), reprenant ainsi un point de vue fréquemment exprimé et qui semblait bien être celui de beaucoup de responsables de la fonction publique.

> page 140 :
>
> [...] S'il y a trop de rigidité dans la gestion de la fonction publique, c'est que l'accent a été mis à tort sur le grade, c'est-à-dire sur l'appartenance d'un agent à un corps de fonctionnaires, plutôt que sur la fonction, c'est-à-dire sur le métier qu'une personne exerce. De ce fait, la souplesse que permet le statut n'est pas assez utilisée pour faire en sorte que chacun fasse bien son métier et que les administrations s'acquittent correctement

> de leur mission. Cela tient pour l'essentiel à l'excessive centralisation de la gestion des ressources humaines dans l'État. Toutes les grandes organisations ont compris que leur efficacité dépendait essentiellement de leur capacité à déconcentrer la responsabilité de mobiliser les hommes...
>
> Il est possible — dans le cadre du statut actuel, en utilisant mieux les instruments de souplesse qu'il contient et en créant quelques autres au besoin — de proposer aux fonctionnaires, et à leurs représentants un pacte social : plus de clarté dans les rémunérations, des possibilités accrues de mobilité, un développement des politiques sociales et de formation, une meilleure utilisation des comités techniques paritaires et l'amélioration de la situation matérielle de certains agents, en contrepartie d'une plus grande individualisation des carrières, d'une meilleure prise en compte des résultats et du respect de règles déontologiques rigoureuses.

Marcel POCHARD, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique, ne partageait cependant pas tout à fait ce point de vue : « Il y a du vrai dans la mise en cause de la pratique et nous avons vu que la gestion est susceptible d'évoluer utilement, mais il est trop facile de s'en tenir à cette analyse. Il reste en effet à s'interroger pourquoi, année après année, il en est ainsi de cette gestion. Si celle-ci débouche quasi inexorablement sur une incapacité partielle à équilibrer les choses, il doit bien y avoir une raison en amont même des pratiques de gestion » (« Quel avenir pour la fonction publique ? », *AJDA* 2000.3). C'est ainsi que le Conseil d'État a été conduit dans son Rapport public 2003 (« Perspectives pour la fonction publique », La Documentation française, *EDCE* n° 54) à proposer **quatre grands types d'évolution**, comme l'explique Bertrand DU MARAIS : « l'instillation d'une part de contractuel dans le régime juridique des fonctionnaires, avec la proposition d'un « contrat d'affectation sur l'emploi » ; le regroupement des corps dans des grands « cadres de fonctions » et donc la disparition des statuts particuliers ; la modernisation de la gestion des trois fonctions publiques avec la création d'un « collège d'employeurs de le Fonction publique » réunissant les responsables des trois fonctions publiques ; l'approfondissement du dialogue social » (Bertrand DU MARAIS, présentation du colloque « perspectives pour la fonction publique » publié *RA* 2004, n° 238, p. 172).

Sans remettre en cause la séparation du grade et de l'emploi, et donc en préservant le système de la carrière, il s'agirait notamment, selon ce rapport (p. 348), de renforcer la place donnée à l'emploi :

> **La loi disposerait que les fonctionnaires appartiennent**, non plus à des corps au sens classique du terme, mais **à des « cadres de fonctions » déterminés à partir des grandes filières professionnelles nécessaires aux missions de l'État, et des niveaux de fonctions inhérents, dans chaque filière, à l'exercice de ces missions.** Elle prévoirait qu'un décret fixe le nombre et la dénomination des filières professionnelles et détermine, pour chaque filière, le nombre et la dénomination des « cadres de fonctions » ainsi que le statut particulier de chacun d'eux.
>
> **L'objectif serait donc d'aboutir à la détermination, pour l'ensemble des administrations, de moins de 50 « cadres de fonctions »** destinés à remplacer près d'un millier de corps actuels, à partir de l'identification des grandes filières professionnelles nécessaires aux mission civiles de l'État (de l'ordre de sept ou huit maximum : administration générale, administration financière, ingénierie et services techniques, enseignement et recherche, secteur médico-social, sécurité, culture...) et de la définition des niveaux de fonctions à assurer dans chaque filière (de l'ordre de 4 à 5 dans une première approche. [...]
>
> La situation concrète du fonctionnaire serait, dans ce schéma, déterminée par deux éléments essentiels. D'une part, dès son recrutement et pour toute la durée de sa carrière, il serait assuré d'appartenir à un ensemble — le cadre de fonctions — à la fois beaucoup plus large, par hypothèse même (c'est le but recherché), que la très grande majorité des corps actuels puisque la plupart des ministères ont besoin de compétences professionnelles correspondant aux cadres de fonctions de plusieurs filières. De plus, l'intérêt de cet ensemble pour l'agent serait plus aisément perceptible, puisqu'il serait membre d'une

filière professionnelle, avec l'avantage que cela pourrait comporter en termes de diversification des fonctions à exercer et de perspectives de progression professionnelle dans la filière. Dans ce cadre de fonctions, le fonctionnaire conserverait une garantie de progression de carrière minimum à l'ancienneté, ainsi que, pour les cadres de fonctions comprenant plusieurs grades, une vocation à progression au choix en fonction de ses mérites.

D'autre part, ses affectations successives sur des emplois relevant de son cadre de fonctions et correspondant à des fonctions précises à assumer et à son savoir-faire, pourraient déterminer une rémunération complémentaire liée à ces spécificités et s'ajoutant à la rémunération indiciaire résultant des grades, notamment par le biais du « contrat d'affectation sur emploi » évoqué plus haut [1].

Pour l'heure, évidemment, les réformes effectivement faites ou en cours continuent de susciter des interrogations sur leur portée exacte ou sur les orientations qu'elles pourraient prendre : Fabrice MELLERAY, « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », *RDP* 2006.185 (Oui et non ! Certaines ne remettent pas en cause, d'autres sont susceptibles de le faire) ; Gwénaële CALVES, *Renouvellement démographique de la fonction publique de l'État : vers une intégration prioritaire des Français issus de l'immigration ?,* La Documentation française, coll. « Perspectives », 2005 (p. 65 : « ...au plan juridique, une voie sans issue. La prise en compte de l'origine des personnes, si elle est jugée opportune, ne pourra qu'être indirecte. Mais la conjoncture démographique actuelle invite peut-être à se fixer un objectif plus ambitieux de renouvellement de viviers de recrutement »).

LES FEMMES DANS LA FONCTION PUBLIQUE FRANÇAISE

Dans les faits, la « féminisation » de la fonction publique se poursuit assez régulièrement : en 1999, 56 % des « agents civils de l'État » étaient des femmes ; il y en avait 58 % fin 2004. Mais elles demeurent très minoritaires dans les emplois de responsabilité : « la présence des femmes aux emplois supérieurs de la fonction publique **progresse lentement** », écrit en 2006 le rapport annuel sur l'état de la fonction publique, avant de préciser qu'elles occupaient « 13 % des 8 027 emplois supérieurs ».

Ainsi leur place dans les grands corps de l'État, au 1er juin 2000, était la suivante :

	Titulaires				En activité dans le grand corps ou l'inspection générale			
	Hommes	Femmes	Total	% femmes	Hommes	Femmes	Total	% femmes
Grands corps								
Conseil d'État	245	54	299	18,1	156	42	198	21,2
Cour des comptes	296	51	347	14,7	165	31	196	15,8
Inspection générale des finances	191	18	209	8,6	63	6	69	8,7
Total	**732**	**123**	**855**	**14,4**	**384**	**79**	**463**	**17,1**

Source : La fonction publique et la réforme de l'État, Rapport annuel mars 2000 — mars 2001, La Documentation française, 2001, p. 166.
(fin 2004, confirmant la « progression lente », le pourcentage des femmes en activité était de 26 % au Conseil d'État, 19 % à la Cour des comptes et 16 % à l'inspection générale des finances — au sein d'effectifs n'ayant pas fondamentalement changé : respectivement, 194, 211, 62).

---

1. V., à propos de ce « contrat d'affectation sur emploi », *supra*, p. 346, note 2.

Sur les moyens d'y remédier : Anne-Marie COLMOU, *L'encadrement supérieur de la fonction publique. Vers l'égalité entre les hommes et les femmes*, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », 1999. Et sur l'action effectivement menée : site internet du ministère de la Fonction publique. La loi du 13 juillet 1983 dispose que « le gouvernement déposera tous les deux ans sur les bureaux des assemblées parlementaires un rapport sur la situation comparée dans la fonction publique des conditions d'emploi et de formation des femmes et des hommes ». Pour 2006, a été préparé le 10e de ces rapports.

Dossier 8

Les biens de l’Administration

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. La propriété des personnes publiques
Chapitre 2. Les travaux publics

Pour assurer l'ensemble de leurs missions, les collectivités territoriales (État, régions, départements, communes...) et les institutions spécialisées ont besoin de **personnels,** de **ressources financières** et aussi de **biens :** ce sont, à la fois, des employeurs, des gestionnaires et des *propriétaires*. À ce titre, elles sont inégalement *riches* d'autant plus que leur *patrimoine* est constitué, pour une part, d'éléments qui, comme les monuments historiques, constituent un prestigieux héritage culturel qu'il s'agit de *conserver* ou de *mettre en valeur* au prix d'un entretien et de travaux coûteux [1]. Le temps n'est plus où « l'État, c'est-à-dire le roi, tirait la plus grande partie de ses revenus réguliers des biens qu'il possédait ou des droits féodaux qui lui appartenaient [2] ». Mais les biens et droits des personnes publiques, leurs patrimoines, restent essentiels, y compris – surtout en période de difficultés budgétaires – comme source de revenus [3].

L'évolution a été profonde et, de réforme en réforme, le droit contemporain a acquis une complexité déroutante. Les sources du droit des biens publics se sont diversifiées. À la législation et la jurisprudence administrative (celle-ci ayant toujours joué un rôle important en la matière) sont venues s'ajouter, d'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel dégageant des « exigences constitutionnelles », d'autre part, la CEDH dont certains principes ont une influence croissante sur le droit des biens [4].

---

1. Y. Jegouzo (dir.), *Droit du patrimoine culturel immobilier,* Economica, 1985 ; J. Morand-Deviller, « La valorisation économique du patrimoine public », dans *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago,* Economica, 1996, p. 273 ; P.-L. Frier, *Droit du patrimoine culturel*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997.
2. P. Leroy-Beaulieu, *Traité de la science des finances*, Félix Alcan, 1912, 8e éd., t. I, p. 18.
3. L'habitude est de distinguer le domaine du *patrimoine :* le patrimoine comprend à la fois des biens corporels (des *choses*) et des biens incorporels (des *droits*) alors que le domaine se réduit aux premiers. Sur l'ensemble et les enjeux financiers qui s'y attachent, v. *infra*, *Pour approfondir*.
4. Sur l'évolution du droit des biens, v. les manuels indiqués p. 404. Concernant la « constitutionnalisation » du droit du domaine public, v. E. Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA* 2003.1192 (Dossier sur « les évolutions en cours du droit du domaine public »), et « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », commentaire de la décision CC 26 juin 2003 (relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit), *AJDA* 2003.1404. Quant à l'influence de la CEDH, v. le Dossier sur « les incidences de la CEDH sur le droit administratif des biens », *AJDA* 2003.2123 ; « Droit administratif des biens et droits de l'homme », *Les cahiers du GRIDAUH*, série droit de l'urbanisme, 14/2005 (coordonné par R. Hostiou et J.-F. Struillou).

Annoncé depuis de nombreuses années, faisant suite à plusieurs lois d'habilitation, est cependant intervenu, pour simplifier, un **code général de la propriété des personnes publiques** (Chapitre 1) [1]. Sur cette propriété et, dans certains cas, sur des propriétés privées, l'Administration accomplit ou fait accomplir des **travaux publics** longtemps considérés comme son activité essentielle et toujours très importants dans l'activité économique de la nation et dans l'aménagement de son territoire (Chapitre 2).

---

1. Annexe à l'ordonnance du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP) (*JO* 22 avr. 2006) ; comm. P. Yolka, *JCP A* 2006, act. 452 ; dossier *AJDA* 2006.1073. V. aussi *supra,* p. 172 : ce code est l'un de ceux qui ont été autorisés **à droit non constant**. Et, sur les différentes lois d'habilitation, *infra*, p. 399, note 3.

Chapitre 1

La propriété des personnes publiques

Depuis le XIX[e] siècle, le droit consacre l'existence d'un domaine de l'État et des autres personnes publiques, tout en distinguant, tant bien que mal, dans cet ensemble de biens publics un *domaine privé* et un *domaine public* – le statut juridique de ce dernier étant, en principe, dérogatoire par rapport au droit privé des biens [1].

Ecartant cette approche susceptible de conduire à opposer deux sortes de propriétés, le code général de la propriété des personnes publiques adopte un cadre comparable à celui retenu par le code civil. Après un titre préliminaire précisant qu'il s'applique « aux biens et aux droits, à caractère mobilier et immobilier, appartenant à l'État, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissement publics » [2], sa première partie est relative à **l'acquisition** (Section 1). Elle précède une partie sur **la gestion** et une autre sur **la cession** (Section 2) [3].

Apparaît ainsi d'emblée *une seule et même propriété des personnes publiques*. La distinction en son sein d'un domaine privé et d'un domaine public subsiste, mais elle n'est reprise que dans la partie consacrée à la gestion : chaque domaine à son régime, selon qu'il y a ou non affectation à l'utilité publique. C'est dire que ne s'opposent pas deux propriétés qui seraient différentes, mais seulement *deux régimes de domanialité*, lesquels « présentent le caractère de régime d'affectation » [4].

Section 1
L'acquisition

Certaines acquisitions se font **à titre gratuit** : elles peuvent résulter de *dons et legs* ou encore de *confiscations* prononcées par décisions de justice ; à moins qu'il ne s'agisse de

1. Tous ces biens ont en commun de ne pouvoir être cédés pour des prix inférieurs à leur valeur (CC 25-26 juin 1986, sur les privatisations, *GDCC* n° 37) et d'être insaisissables (Cass. 21 déc. 1987, *BRGM*, *GAJA* n° 94).
2. Art. L. 1, CGPPP. Selon l'article L.2, il s'applique aux biens et aux droits des « autres personnes publiques » (tels les GIP et les API) dans les conditions fixées par les textes qui les régissent.
3. Avant qu'il ne soit traité d'autres opérations immobilières (sur les biens loués ou détenus en jouissance) et de l'outre-mer.
4. C. Maugüe et G. Bachelier, « Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006.1073.

biens sans maîtres. Parmi les acquisitions **à titre onéreux** – qui sont évidemment, et de très loin, les plus nombreuses – le code distingue selon qu'elles sont réalisées *à l'amiable* (achat, échange, dation en paiement) ou *selon des procédés de contrainte*. En effet, l'administration dispose de prérogatives qui lui permettent éventuellement de surmonter le désaccord du propriétaire. Outre la *nationalisation* qui relève du législateur, la procédure principale est incontestablement celle de l'*expropriation*. Le code n'y ajoute que le *droit de préemption*, mais l'*alignemen*t ou les *réquisitions* (même si elles ne conduisent qu'exceptionnellement à une acquisition) méritent quelques précisions.

§ 1. La procédure principale : l'expropriation

L'**expropriation pour cause d'utilité publique** est une opération par laquelle un particulier est contraint de céder la propriété d'un immeuble dans un but d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable. Son régime juridique s'est construit à partir des textes fondateurs du droit de propriété : l'article 17 de la Déclaration de 1789 qui déclare la propriété « inviolable et sacrée », suspend la possibilité d'une expropriation à l'exigence d'une « nécessité publique » et prévoit une « juste et préalable indemnité » ; l'article 545 du Code civil qui, tout en reprenant les mêmes principes, substitue à la « nécessité » la simple exigence d'une « utilité publique ».

Compte tenu de ces textes, deux problèmes au moins doivent être réglés. D'abord, il faut savoir s'il peut y avoir expropriation : c'est l'Administration qui en décide, sous le contrôle du juge administratif. Ensuite, une fois admise l'utilité publique, il reste à fixer l'indemnité : intervient alors le juge judiciaire. Depuis 1810, la procédure comprend ainsi deux phases, *la phase administrative* et *la phase judiciaire*. Ce qui n'empêche pas des aménagements : des procédures spéciales (d'urgence, d'extrême urgence) qui coexistent avec une procédure de droit commun. Toutes sont, pour l'essentiel, régies par un ensemble de textes ayant fait l'objet d'une codification [1].

A. La phase administrative

I. Les trois étapes de la phase administrative

a) Constitution du dossier par l'expropriant et transmission au préfet.

Si l'on fait abstraction des règles très précises concernant la composition du dossier, c'est très simple. *L'expropriant constitue son dossier pour le transmettre au préfet.* Il peut s'agir d'une personne publique, mais aussi, en vertu de diverses lois, de personnes privées dont l'activité est d'intérêt général, par exemple les concessionnaires de travaux publics.

b) Appréciation de l'utilité publique (par une « déclaration d'utilité publique », faite après « enquête préalable »).

L'**enquête préalable** est décidée par arrêté préfectoral. En effet, s'il y a de très nombreux expropriants, l'expropriation reste une prérogative de l'État : c'est toujours lui

1. V., par exemple, *Code de l'expropriation,* commenté par R. Hostiou, Litec, 10e éd., 2006 – Le même code est reproduit et annoté dans le *Code administratif Dalloz*, 29e éd., 2006.

qui véritablement déclenche la procédure et qui est le seul à pouvoir décider de l'expropriation. Il s'agit d'abord d'organiser un examen public du dossier. D'une part, il y a information par voie d'affiches et d'insertion dans la presse (sont notamment précisés les heures et lieux où chacun peut consulter le dossier et donner son avis). D'autre part, il y a nomination d'un ou plusieurs commissaires enquêteurs pour recueillir toutes les observations formulées et conclure par un avis favorable ou défavorable.

« Point sensible » de la procédure, cette enquête a souvent été réformée depuis quelques années [1]. Les administrés ayant tendance à considérer qu'elle est de pure forme, l'objectif est de la « démocratiser » et de la rendre plus crédible. Ce qui suppose, comme en d'autres matières, après l'accumulation des réformes, de réformer encore... pour simplifier ![2] Tout cela semble particulièrement difficile. C'est en tout cas révélateur de l'évolution des rapports entre l'Administration et les administrés. Au XIXe siècle, pour des expropriations limitées, l'Administration n'avait face à elle que les propriétaires à exproprier. Désormais, alors que les projets sont souvent d'une toute autre importance, il faut compter avec l'opinion publique et notamment de nombreuses associations de défense de l'environnement. Une enquête factice, sur un projet déjà décidé, ne suffit plus.

Après l'enquête, la **déclaration d'utilité publique** est prise par arrêté préfectoral ou ministériel, ou dans certains cas (par exemple pour la création d'autoroutes) par décret en Conseil d'État [3]. Comme son nom l'indique, cet acte déclare que les travaux et opérations sont d'utilité publique et que, par conséquent, des expropriations destinées à permettre leur réalisation sont justifiées.

c) Détermination des biens ou droits réels à exproprier (par un « arrêté de cessibilité » pris après « enquête parcellaire »).

Après la déclaration d'utilité publique (ou simultanément à l'enquête préalable à celle-ci), s'ouvre une *enquête parcellaire :* il convient d'établir la nécessité d'exproprier telle ou telle parcelle. Les propriétaires dont les biens sont touchés par les projets d'expropriation peuvent ainsi contester que l'exécution des travaux ou la réalisation de l'opération projetée nécessitent l'expropriation d'une partie de leurs patrimoines. Au terme de cette enquête, *l'arrêté de cessibilité* intervient : le préfet déclare cessibles les propriétés

---

1. Elle l'avait été très largement par la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement (*JO* 13 juill. 1983 ; comm. L. Fougère, *EDCE* 1983-1984, p. 94). Elle l'a été ensuite par les lois du 8 janvier 1993 (comm. J.-Cl. Hélin, *AJDA* 1993.776) et du 2 février 1995 (comm. J. Morand-Deviller, *AJDA* 1995.439). Enfin, après une étude du Conseil d'État (*L'utilité publique aujourd'hui*, La Documentation française, coll. « Les études du Conseil d'État », 1999), la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité (*JO* 28 févr. 2002 ; comm. J.-Cl. Hélin et R. Hostiou, *AJDA* 2002.29) comprend un chapitre la concernant. Ce dernier chapitre fait partie d'un titre IV organisant plus généralement la « participation du public à l'élaboration des grands projets », que ceux-ci impliquent ou non une expropriation — Intervient alors la Commission nationale du débat public créée en 1995 et désormais expressément qualifiée d'autorité administrative indépendante.

2. L'article 60 de la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour regrouper les procédures d'enquête publique et coordonner celles-ci avec celle du débat public.

3. V. le décret du 9 février 2004 (*JO* 11 févr. 2004) pris en application de la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, et P. Thierry, « La nouvelle répartition des compétences en matière de déclaration d'utilité publique », *AJDA* 2004.658.

ou parties de propriétés dont la cession est nécessaire. À compter de la date de cet arrêté, l'Administration dispose de six mois pour poursuivre la procédure.

II. Le contrôle juridictionnel de la phase administrative

La déclaration d'utilité publique et l'arrêté de cessibilité sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Ils forment ce que la jurisprudence appelle une *opération complexe*. De ce fait, la déclaration peut être mise en cause, par voie d'exception, à l'appui d'un recours dirigé contre l'arrêté.

Parmi tous les moyens susceptibles d'être invoqués, celui tiré du défaut d'utilité publique donne lieu à un contrôle approfondi du juge administratif. En effet, depuis l'*arrêt « ville nouvelle Est » de 1971*, il examine le **bilan** *entre l'intérêt que présente l'opération et ses inconvénients* : il considère, selon les termes de l'arrêt, « qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » [1]. Audacieuse, très controversée dans les années 1970, cette jurisprudence ne conduit toutefois, en pratique, qu'à de très rares annulations concernant des projets de faible importance [2]. Il n'y a guère d'annulations relatives aux grands projets d'intérêt national (autoroutes, centrales nucléaires, TGV) [3].

---

1. CE 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du logement c/Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle Est »*, *R.* 409, concl. G. Braibant, *GAJA* n° 88 ; il s'agissait d'exproprier tout un quartier pour construire tout à la fois une université et une ville nouvelle ; le Conseil d'État note que l'on a essayé de ne pas séparer les bâtiments universitaires des secteurs réservés à l'habitation et il conclut que, « compte tenu de l'importance de l'ensemble du projet, la circonstance que son exécution implique que disparaissent une centaine de maisons d'habitation n'est pas de nature à retirer à l'opération son caractère d'utilité publique ».V. aussi, CE 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, *R.* 657, concl. Morisot ; cet arrêt — cité *infra*, p. 633 — ajoute aux éléments à prendre en compte « l'atteinte à d'autres intérêts publics » que l'opération est susceptible de comporter.

2. V., par exemple, CE 25 nov. 1988, *Époux Perez*, *R.* 428 : arrêt qui censure une atteinte excessive à la propriété privée, n'admettant pas l'expropriation de la quasi-totalité du jardin des requérants, pour réaliser une place plantée d'arbres, alors que la « commune, dont la population n'atteint pas 300 habitants, est déjà riche en espaces verts ». P. Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation. La jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, trente ans après », *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 733. Sur les insuffisances du contrôle du juge, v. B. Seiller, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA* 2003.1472.

3. V. toutefois, concernant une opération d'envergure, CE 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*, *RFDA* 1997.740, concl. M. Denis-Linton, note F. Rouvillois : était en cause la construction de l'autoroute A 400, entre Annemasse et Thonon-les-Bains ; « [...] sans qu'il y ait lieu de rechercher si les atteintes à l'environnement seraient excessives, [...] le coût financier au regard du trafic attendu doit être regardé à lui seul comme excédant l'intérêt de l'opération et comme de nature à lui retirer son caractère d'utilité publique ». De même, a pu être annulée la déclaration d'utilité publique d'une ligne électrique à très haute tension dans les gorges du Verdon (CE 10 juill. 2006, *Association interdépartementale et intercommunale pour la protection... du Verdon*, *AJDA* 2006.1413).V. aussi, parce que la CEDH a eu l'occasion de sanctionner certains dysfonctionnements de l'ensemble de la procédure : R. Hostiou, « Le droit français de l'expropriation et la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2000.290. Et du même auteur, « Le droit de l'expropriation au regard du droit au procès équitable », *AJDA* 2003.2123, ainsi que sa note relative à l'arrêt de *CEDH Yvon/France* du 24 avr. 2003, *D.* 2003.J.2456 (la Cour met en cause, au regard de l'article 6, le rôle du commissaire du gouvernement, représentant de l'administration, dans la phase d'indemnisation).

B. La phase judiciaire

Le **juge de l'expropriation,** juge unique qui est désigné pour chaque département par le premier président de la Cour d'appel parmi les magistrats du Tribunal de grande instance, est saisi par le préfet qui lui transmet le dossier. Son rôle est double. D'abord, il rend, dans un délai de quinze jours [1], une *ordonnance d'expropriation*. Cette décision comporte trois séries de conséquences : elle transfère la propriété à l'expropriant ; elle éteint tous les droits que les tiers pouvaient avoir sur l'immeuble ; elle envoie l'expropriant en possession sous condition suspensive du paiement de l'indemnité due à l'exproprié. Ensuite, second rôle du juge de l'expropriation, à défaut d'accord amiable, il fixe par *jugement* le montant de l'indemnité, dans le cadre d'une procédure écrite et contradictoire incluant un transport sur les lieux.

§ 2. Des procédures complémentaires : alignement, réquisition et préemption

A. L'alignement

La délimitation de la *voirie* s'opère, notamment, par la procédure de l'alignement qui permet à l'Administration d'empiéter unilatéralement sur les propriétés privées riveraines.

Un *plan d'alignement* détermine la délimitation d'une voie ou d'un ensemble de voies. En cas d'élargissement de la voie existante, les immeubles bâtis ou clos de murs qui se trouvent alors situés sur le domaine public, dans l'attente du transfert de propriété, sont frappés d'une *servitude :* désormais le propriétaire peut y faire des travaux de simple entretien mais non des travaux confortatifs. Quant aux immeubles ni bâtis, ni clos, ils font l'objet d'un *transfert de propriété* immédiat au profit de la collectivité, moyennant indemnisation. Sur le fondement du plan, à la demande des intéressés, interviennent des *arrêtés d'alignement* individuels : actes simplement déclaratifs, ils font connaître aux riverains les limites de la voie au droit de leur propriété.

L'alignement est une procédure expéditive et le juge a donc veillé à en limiter l'emploi : il ne peut servir qu'à réaliser un élargissement ou un redressement d'une voie existante mais il ne saurait aboutir ni à un déplacement de son axe ni à l'ouverture d'une voie nouvelle. La substitution d'un arrêté d'alignement à une expropriation est l'exemple topique d'un *détournement de procédure* [2].

---

1. Le décret du 13 mai 2005 a porté ce délai de 8 à 15 jours et procédé à divers aménagements de la phase judiciaire (*JO* 15 mai 2005 ; comm. R. Hostiou, *AJDA* 2005.1382).
2. CE 16 juin 1939, *Compagnie française des automobiles de place*, *R.* 404. (« Il résulte de l'examen des plans produits au dossier que la largeur de la rue (...) qui varie actuellement de 12,50 m à 15 m sera uniformément portée à 20 m pour l'exécution du plan d'alignement susvisé du 17 juin 1933 (...) ; dans ces conditions (...), l'opération de voirie projetée ne pourrait dans son ensemble être réalisée qu'après cession amiable ou par voie d'expropriation ; il suit de là que le préfet de la Seine, en refusant à la compagnie requérante l'autorisation de reconstruire une pile de porte d'entrée de son usine, a excédé ses pouvoirs »).

B. Les réquisitions

En dehors des réquisitions militaires régies par la loi du 3 juillet 1877, les réquisitions civiles forment un ensemble très complexe reposant, notamment, sur trois fondements législatifs :

– l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales qui permet implicitement aux maires, dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, de recourir à la réquisition dans des cas exceptionnels ; par exemple réquisitionner des locaux lorsque, précise la jurisprudence, le défaut de logement est « de nature à apporter un trouble grave à l'ordre public » [1] ;

– le titre II de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre. Déclaré applicable en temps normal par une loi de 1950, il a été repris et complété par l'ordonnance du 6 janvier 1959 relative aux réquisitions de biens et de services.

Il ouvre le droit de réquisition dans diverses hypothèses : « mobilisation », « agression manifeste », « tension extérieure, lorsque les circonstances l'exigent », et de manière générale « pour assurer les besoins du pays ». Peuvent être requis les *services* des entreprises et des personnes ainsi que l'*usage de tous les biens* ou la *propriété des meubles* (à l'exclusion de celle des immeubles dont l'acquisition ne peut être réalisée que par voie de cession amiable ou d'expropriation). La mise en œuvre est subordonnée à un décret en conseil des ministres [2].

– Les articles L. 641-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation, qui reprennent les dispositions de l'ordonnance du 11 octobre 1945 et organisent un régime de logement d'office dans les communes où sévit une crise grave du logement.

Alors le préfet peut prononcer la réquisition de locaux d'habitation, ou de locaux à usage professionnel qui sont vacants, inoccupés ou insuffisamment occupés, pour une durée d'un an renouvelable, au bénéfice de personnes dépourvues de logement, logées dans des conditions manifestement insuffisantes, ou expulsées de leur logement par une décision de justice.

Ces réquisitions ont donné lieu à un épisode contentieux mouvementé : l'ordonnance du 11 octobre 1945, ne prévoyant pas de sanctions pénales pour punir son inexécution, risquait de rester lettre morte ; aussi le Tribunal des conflits a-t-il fini par admettre qu'en cette matière l'**exécution forcée** (ou d'office) est licite [3]. Souvent appliquée à la Libération et après la guerre d'Algérie, l'ordonnance de 1945 n'en était pas moins pratiquement tombée en désuétude : elle ne transfère pas la propriété et n'est jamais qu'une mesure très provisoire qui ne saurait suppléer le manque de logements sociaux. Elle a, malgré tout, été de nouveau utilisée, à partir de 1995, sous la pression d'associations de défense du droit au logement. Par suite, pour mieux répondre aux besoins, la *loi d'orientation relative à la*

---

1. CE 15 févr. 1961, *Werquin*, *RDP* 1961.321, concl. G. Braibant.
2. Lors de la « guerre du Golfe », pour les besoins des armées, des décrets des 14 et 17 janvier 1991 ont ainsi ouvert le droit de réquisition des compagnies aériennes françaises et des personnels des compagnies françaises d'armement maritime.
3. TC 12 mai 1949, *Dumont*, *RDP* 1949.371, note M. Waline. *Adde* : J. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1952, t. I, p. 79.

lutte contre les exclusions [1], a institué une *« réquisition avec attribution » :* la réquisition par le préfet, dans des conditions que précise la loi, donne la jouissance des locaux à un attributaire (l'État lui-même, une collectivité territoriale, un organisme d'HLM, une société d'économie mixte gérant des logements ou un organisme contribuant au logement des personnes défavorisées), à charge pour celui-ci de les donner à bail aux bénéficiaires [2].

C. L'exercice du droit de préemption

Le droit de préemption est multiforme mais son exercice obéit toujours au même schéma : il faut que le propriétaire mette son bien en vente et que des textes prévoient, pour des raisons diverses (surtout pour répondre aux exigences de l'*urbanisme* ou aux besoins de l'*aménagement rural*), la substitution à celui qui s'est porté acquéreur d'un tiers. Ce dernier, dont on dit qu'il a le droit de préemption, peut être un particulier (par exemple, un exploitant agricole), un établissement public (comme la Réunion des musées nationaux s'agissant des œuvres d'art), une collectivité territoriale.

L'exercice de cette prérogative, notamment par les SAFER (Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural), a donné lieu à une jurisprudence complexe. Il a suscité des critiques, apparaissant souvent quelque peu « anarchique » et manquant de garanties d'ordre procédural [3]. Mais cela n'a jamais empêché d'en reconnaître l'intérêt pour lutter contre la spéculation et constituer des réserves foncières [4].

Section 2
La gestion et la cession

Dans sa partie consacrée à la gestion, le code général des propriétés des personnes publiques distingue les biens relevant du domaine public et ceux relevant du domaine privé (§ 1).Aux premiers s'applique un régime de domanialité publique comprenant des règles d'utilisation et de protection des biens autres que celles de la domanialité privée (§ 2).

§ 1. Le domaine public et le domaine privé

L'opposition entre un domaine public et un domaine privé est ignorée de l'Ancien Régime qui consacre *l'unité du domaine de la Couronne*. Elle l'est encore dans la loi des

---

1. Loi nº 98-657 du 29 juillet 1998 (*JO* 31 juill. 1998).
2. Sur les nombreux problèmes posés par les textes cités (et d'autres qui se sont accumulés), v. *AJDA* 20 juill. 1999, nº spécial, *Puissance ou impuissance publique ?*, diverses contributions, p. 22 et s.
3. *AJDA* 20 mai 1993, nº spécial, *Droit de l'urbanisme, Bilan et perspectives*, débat, p. 10 et s. V. aussi, sur le contrôle exercé en la matière, D. Labetoulle, « Remarques sur le droit de préemption », *Mélanges Gustave Peiser,* 1995, p. 337. Et (suite à la loi du 30 juin 2000), L. Dardalhon, « L'usage des référés à l'encontre des décisions d'exercice du droit de préemption », *AJDA* 2005.2277.
4. V., créant encore un tel droit au profit du département et faisant de ce dernier le principal responsable de l'aménagement foncier, la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (art. 73, *JO* 24 févr. 2005 ; dossier *AJDA* 2005.1266).
Et ce n'est pas là son seul intérêt. La loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises institue un droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux, pour « préserver la diversité de l'activité commerciale et artisanale », (art. 58, *JO* 3 août 2006 ; interrogations de J.-P. Blatter, *AJPI* 2005.705).

22 novembre-1er décembre 1790 et dans le Code civil, lorsque sont affirmés les droits de la Nation sur un domaine public comprenant *l'ensemble des biens* qui lui appartiennent. La distinction n'apparaît qu'au XIXe siècle. Elle est formulée par des civilistes qui comparent la propriété privée et les droits que la puissance publique exerce sur son domaine : « la propriété consiste dans ce qui nous est propre, à l'exclusion de tous autres ; et cela s'applique également aux choses appartenant aux communes ou à l'État, qui, comme êtres moraux et collectifs, possèdent aussi leurs biens à l'exclusion de tous autres ». À ce qui est devenu le **domaine privé** s'est opposé un **domaine public** qui, selon Proudhon [1], comprenait les fonds par nature asservis à l'usage ou la protection de tous, sans être la propriété de personne [2].

Au XXe siècle, une double modification dans la conception du domaine public s'est peu à peu imposée : d'une part, il est devenu, pour des personnes publiques, objet de propriété ; d'autre part, ses critères n'ont plus été tirés de la « nature des choses » mais de l'affectation des biens à tel ou tel usage. C'est ce qu'a consacré le Conseil constitutionnel en dégageant le fondement constitutionnel de l'existence du domaine public. Dans une décision du 21 juillet 1994, il avait énoncé des exigences constitutionnelles qu'il a confirmé, en les précisant, en 2003. En effet, la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance les dispositions législatives nécessaires pour modifier, compléter et codifier les règles relatives au domaine public et privé de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics. Dans sa décision du 26 juin 2003 relative à cette loi, le Conseil constitutionnel a admis cette habilitation, destinée à permettre une adaptation de la législation à l'évolution des circonstances, tout en précisant « qu'elle n'autorise pas le gouvernement à priver de garanties les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ». Et il affirme ensuite « que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées » [3].

Cette jurisprudence constitutionnelle, en mettant l'accent sur la nécessité de l'existence d'un corps de règles propres à protéger certains biens publics, tend à conforter la distinction établie dans le droit positif. Il existe à l'intérieur du domaine des personnes publiques des biens soumis au droit privé et dont la gestion relève du contentieux judiciaire et des biens soumis au droit administratif, c'est-à-dire un domaine privé

---

1. J.-B. Victor Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Lagier, Dijon, 1843 (2e éd.), p. 241.
2. Si les civilistes du XIXe siècle, et notamment Proudhon, ont imposé une certaine conception de la distinction, ils sont loin d'en avoir inventé le principe. L'exégèse de textes romains avait depuis longtemps permis de la concevoir. Ainsi semble-t-elle, par exemple, s'être affirmée en Provence, au XVIIIe siècle, à propos des domaines des communautés. V. J.-L. Mestre, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des Communautés de Provence*, LGDJ, « Bibl. de droit public », tome 121, 1976.
3. CC 21 juillet 1994, décision sur la loi complétant le Code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public (*JO* 23 juill. 1994) ; CC 26 juin 2003, (*JO* 3 juill. 2003) (comm. E. Fatôme, cité *supra*, p. 390, note 4) ; loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (art. 34-2) (*JO* 3 juill. 2003) – habilitation reprise, avec des délais supplémentaires, par la loi du 9 juillet 2004 de simplification du droit (art. 89) et la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (art. 48).

constitué par les premiers et un domaine public constitué par les seconds. Encore faut-il déterminer comment s'opère la distinction.

Jusqu'en 2006, indépendamment de textes particuliers qui constituaient un « noyau dur » du domaine public, s'appliquaient des critères fixés par la **jurisprudence**. Ils correspondaient, pour l'essentiel, à une proposition, faite en 1947, par la commission de réforme du Code civil et rattachant au domaine public « l'ensemble des biens des collectivités publiques et établissements publics qui sont, soit mis à la disposition directe du public usager, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils soient, par nature ou par des aménagements particuliers, adaptés exclusivement ou essentiellement au but particulier de ces services ».

En l'absence de texte, pour qu'un bien soit un élément (une dépendance) du domaine public, il fallait ainsi (et cela suffisait) : **1º** qu'il soit la **propriété d'une personne publique ; 2º** qu'il soit **affecté**

a) ou bien **à l'usage direct du public ;**

b) ou bien **à un service public,** à la condition, en toutes hypothèses, qu'il ait été l'objet d'*aménagements spéciaux* [1].

Tous les biens ne répondant pas à ces critères ou n'étant pas considérés comme accessoires, faisaient partie du domaine privé.

Le nouveau **code**, s'il reprend l'essentiel du droit antérieur, apporte des modifications non négligeables. D'abord, il introduit la définition d'un *domaine public mobilier* constitué de biens culturels [2]. Ensuite, il donne une définition générale du *domaine public immobilier* où la condition relative à l'aménagement apparaît plus exigeante [3] -- Le même objectif de réduction du champ d'application de la domanialité publique conduit à préciser que ne s'ajoutent que les biens qui, « concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un *accessoire indispensable* » [4]. Enfin, le code précise la

---

1. Le domaine public n'est pas alors caractérisé par un critère mais par plusieurs. Dans ce cas de pluralité de critères, une notion se définit parfois par plusieurs critères *alternatifs (*par exemple, un contrat est administratif s'il a pour objet l'exécution même du service public **ou** s'il contient des clauses exorbitantes du droit commun), parfois, par plusieurs critères *cumulatifs* (une loi est un acte normateur — premier critère — qui a été voté par le Parlement — deuxième critère — **et** promulgué par le chef de l'État — troisième critère). En ce qui concerne le domaine public, les critères sont à la fois cumulatifs — 1º et 2º — et alternatifs — (a) ou (b). S'ajoutent aux biens répondant à ces critères, des biens tout simplement considérés comme *accessoires :* biens faisant corps avec un bien principal appartenant au domaine public et contribuant à sa bonne utilisation, alors même qu'ils servent à des fins privées (par exemple, logement de fonction aménagé dans un lycée ou un hôtel de ville) ; ou biens « indissociables » d'une dépendance du domaine public, ayant un lien physique étroit avec elle (dalle surmontant la voûte d'un canal).

2. Art. L. 2112-1 : « ...biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment : ...les archives publiques ; ...les collections des musées... ».

3. Art. L. 2111-1 : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un *aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public* » (sur l'article L.1 auquel il est renvoyé, *supra*, p. 392).

4. Art. L. 2111-3. V. E. Fatôme, « La consistance du domaine public immobilier : évolution et questions ? », *AJDA* 2006.1087 (« ...un lien soit fonctionnel, soit physique ne suffit plus. Il faut que les deux existent cumulativement. Tout au moins en est-il ainsi si le bien en cause n'est pas un bien à usage

consistance de domaines publics spécifiques qui correspondent chacun à des catégories de biens déterminés : domaine public maritime, fluvial, routier, ferroviaire, aéronautique, hertzien.[1]

A. Le propriétaire du bien

Toute dépendance du domaine public appartient nécessairement à une *personne publique.*

Pour l'établissement public, la solution est récente. Ce n'est qu'en 1984 que le juge administratif a reconnu l'existence d'une domanialité publique de biens dont un établissement public est propriétaire [2]. Il s'agissait, en l'espèce, de l'Établissement public d'aménagement de la Défense (EPAD) qui a construit, notamment, une plate-forme aménagée pour être affectée à l'usage direct du public. Cette « dalle centrale » dont l'EPAD est propriétaire « fait partie du domaine public de cet établissement sans qu'y fasse obstacle la circonstance » que les textes confèrent à celui-ci un caractère industriel et commercial.

Cette évolution des règles jurisprudentielles s'imposait particulièrement dans le cas des nouveaux établissements publics à caractère territorial, comme les communautés urbaines ou les syndicats de communes ; il est difficile d'imaginer qu'ils soient, à cet égard, soumis à un régime différent de celui des collectivités territoriales traditionnelles. Pourtant, elle n'est pas à l'abri des critiques. D'une part, le régime de la domanialité publique risque de perturber le fonctionnement de certains organismes, en particulier, des entreprises publiques [3], au moins de celles qui sont des établissements publics industriels et commerciaux, ou encore des exploitants publics [4]. D'autre part, il est sans doute peu logique de ne pas admettre une domanialité publique des personnes privées qui assurent l'exécution d'un service public dont la situation n'est pas substantiellement différente des institutions spécialisées incluses dans l'appareil administratif.

Sur ce dernier point, le code ne fait que confirmer une jurisprudence constante. Jamais une personne privée ne peut être propriétaire d'un domaine public. Confirmant la règle, la loi du 26 juillet 1996, en même temps qu'elle a transformé France Télécom en entreprise nationale (personne morale de droit privé), a prévu que les biens appartenant au domaine public et susceptibles de lui être transférés devaient être préalablement déclassés et donc relever du domaine privé. C'est encore cette solution que retient la loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports. Transformant l'établissement public Aéroports de Paris (ADP) en société anonyme, elle attribue à cette société, en pleine propriété, la plupart des biens affectés au service public aéroportuaire, après avoir procédé à leur déclassement.

---

de bureaux puisqu'aux termes de l'article L. 2211-1, les biens immobiliers à usage de bureaux appartiennent au domaine public « lorsqu'ils forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public ». Si bien que s'agissant de ce type particulier de biens, un lien de nature physique suffit »).

1. Art. L. 2111-4 et s.
2. CE 24 mars 1984, *Mansuy*, *R.* 616.
3. V. Y. Gaudemet, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public » (domanialité publique, insaisissabilité, inarbitrabilité), *Mélanges en hommage à Roland Drago,* Économica, 1996, p. 259.
4. Ce qui peut expliquer la loi du 11 décembre 2001 déclassant les biens immobiliers de La Poste. S'agissant d'EDF, qui était alors un EPIC, le Conseil d'État a jugé qu'il ne pouvait y avoir domaine public. Il s'est appuyé pour ce faire sur la loi de nationalisation de 1946 (CE 23 oct. 1998, *Électricité de France*, *AJDA* 1998.1017, concl. Arrighi de Casanova).

Contribuant au recul du champ de la domanialité publique, cette évolution a conduit à multiplier les biens qui, tout en restant affectés à un service public, ne font pas partie du domaine public. Elle n'a cependant été admise par le Conseil constitutionnel qu'à la condition que les biens soient soumis à un régime de nature à garantir la continuité du service public : « le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences qui résultent de la continuité des services publics » [1]. Pratiquement, doit être instituée une procédure permettant à l'État de s'opposer ou de subordonner à des conditions les cessions ou apports de ceux des biens qui présentent une importance particulière pour les services publics auxquels ils sont affectés.

En cas de copropriété, même si une partie de celle-ci répond aux autres critères du domaine public, c'est tout le bien qui est nécessairement privé [2].

B. L'affectation du bien

La distinction de deux types d'affectations est d'abord et surtout le reflet de l'évolution des critères du domaine public :

a) À l'origine, et jusqu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, sauf textes législatifs contraires, il n'y a de domaine public qu'affecté à l'*usage direct du public :* ainsi en est-il des voies publiques, des halles et marchés, des cours d'eau navigables et flottables, des lavoirs, des cimetières [3], etc.

L'affectation doit être directe (ce qui n'est pas le cas, par exemple, des voies ferrées) mais elle n'implique pas l'accès libre et gratuit du public (comme le montre le cas des ponts ouverts aux seuls usagers qui ont acquitté un péage).

b) L'extension du domaine public à des biens affectés à un *service public* résulte des transformations de l'État et du développement des services publics. Elle a été consacrée, en 1956, par un arrêt *Société « Le Béton »* [4]. Était en cause, une partie des terrains d'un port fluvial, appartenant à l'État, concédés à l'Office national de la navigation et loués à la société requérante. Le Conseil d'État considère que cette partie a été comme le reste du port « affectée à l'utilité générale ». Il en conclut que, du seul fait de la concession, elle s'est trouvée incorporée au domaine public. Peu importe, ajoute-t-il, que les terrains soient loués à un personne privée : il est de leur nature de concourir sous cette forme au fonctionnement du port et ils ont fait l'objet d'installations destinées à les rendre propres

---

1. CC 14 avr. 2005 (loi relative aux aéroports) (*JO* 21 avr. 2005) ; *AJDA* 2006.178, comm. E. Fatôme, lequel souligne qu'en modifiant le statut de France Télécom, d'EDF, de GDF et d'ADP et en attribuant en pleine propriété à ces sociétés au capital en partie privé les biens affectés aux services publics concernés l'État s'est privé de la possibilité d'en disposer aisément. S'il voulait à l'avenir modifier le mode de gestion des services publics (soit pour les gérer lui-même en régie, soit pour les confier à un autre gestionnaire), il devrait procéder au préalable à la nationalisation de la partie du capital des sociétés détenue par des personnes privées.
2. CE 11 févr. 1994, *Compagnie d'assurances La Préservatrice foncière*, *CJEG* 1994.197, chron. P. Sablière, p. 208, concl. Toutée. S'il y a litige, concernant la propriété du bien, c'est toujours le juge judiciaire qui a compétence pour trancher : il ne peut se prononcer sur l'appartenance ou non du bien au domaine public (cela relève uniquement du juge administratif), mais lui seul peut dire qui est propriétaire.
3. CE 18 juin 1935, *Marécar*, *S.* 1937.III.43, concl. R. Latournerie.
4. CE 19 oct. 1956, *Société « Le Béton »*, *R.* 375 ; concl. M. Long, *RDP* 1957.310 ; *D.* 1956.681 ; *AJDA* 1956.II.472.

à cet usage. Peuvent ainsi faire partie du domaine public des biens qui sont « l'objet même du service public », pour reprendre une expression utilisée à la même époque par la Cour de cassation [1].

Tel a pu être aussi le cas de tous les biens qui permettent le fonctionnement des services publics en leur fournissant un cadre ou des moyens d'action : un palais de justice, une caserne, des locaux scolaires. Mais, faisant suite à une ordonnance du 19 août 2004, le code précise que désormais « les biens immobiliers à usage de bureaux » (sauf s'ils forment un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public) font partie du domaine privé.[2]

L'opposition des deux affectations n'en est pas moins très relative. Souvent, il est permis d'hésiter sur la nature de l'affectation justifiant l'appartenance au domaine public. Qu'en est-il, par exemple, des halles ou marchés couverts ? Longtemps, la jurisprudence a retenu l'usage du public. Un arrêt de 1977, au contraire, a considéré qu'il y avait affectation au service public [3].

C. L'aménagement du bien

Ce troisième critère, que consacrait l'arrêt *Société « Le Béton »*, est d'abord apparu destiné à permettre au juge de limiter l'extension du domaine public.

En effet, d'une certaine manière, la plupart des biens qui appartiennent à une personne publique peuvent être considérés comme affectés à un service public. Pour éviter que le domaine privé soit abusivement réduit, voire supprimé, ces biens n'étaient inclus dans le domaine public qu'à la condition d'avoir subi un *aménagement spécial* en fonction de leur destination [4].

Cette exigence, d'abord requise pour des biens affectés à des services publics, l'était-elle aussi pour les biens affectés à l'usage direct du public ? La question s'est posée parce que certaines décisions de justice en faisaient état même dans cette hypothèse. En particulier, les promenades publiques ont été considérées comme des dépendances du domaine public au double motif qu'elles sont « affectées en cette qualité à l'usage du public et aménagées à cette fin [5] », ce qui aboutissait à des solutions d'une complexité

---

1. Cass. 2 avr. 1963, *Sieur Montagne c/Réunion des musées de France*, *AJDA* 1963.487, obs. J. Dufau. Il s'agissait, en l'espèce, d'une esquisse de Seurat léguée au musée du Louvre. La Cour de cassation rappelle la compétence administrative pour connaître des litiges relatifs à l'appartenance de biens au domaine public mais estime que les « tribunaux judiciaires peuvent affirmer la domanialité lorsqu'il n'existe aucune difficulté sérieuse », comme c'est le cas en l'espèce : cette œuvre d'art est tombée dans le domaine du public du fait de son acquisition par la Réunion des musées nationaux, établissement public chargé de gérer de tels biens.

2. Tel est également expressément le cas des « réserves foncières », « chemins ruraux », « bois et forêts des personnes publiques relevant du régime forestier ».

3. CE 22 avr. 1977, *Michaud*, *R.* 185 ; *AJDA* 1977.441, concl. Franc, note A. de Laubadère.

4. V. l'arrêt relatif à *l'allée des Alyscamps*. Celle-ci appartient à la ville d'Arles ; elle est affectée à un service public de caractère culturel et touristique et fait l'objet d'aménagements spéciaux en vue de cet usage ; par voie de conséquence, elle appartient au domaine public communal (CE 11 mai 1959, *Dauphin*, *R.* 294 ; pour tout aménagement, il y a pose d'une chaîne à l'entrée de l'allée).

5. CE 22 avr. 1960, *Berthier*, *RDP* 1960.1223, concl. J.-F. Henry.

déroutante : le bois de Vincennes fait partie du domaine public [1], mais la forêt de Fontainebleau reste dans le domaine privé [2]. Faute de réponse très claire à la question posée, le plus simple était de considérer qu'il fallait toujours un aménagement spécial (quand il n'est pas expressément évoqué, il est supposé). C'était là d'ailleurs la solution la plus conforme à l'esprit de la jurisprudence : « votre conception du domaine public, concluait un commissaire du gouvernement, est très largement finaliste et empirique. Vous souhaitez conserver une possibilité d'appréciation et une marge de décision. La notion d'aménagement spécial vous en fournit les moyens » [3].

Ainsi conçue, la notion d'aménagement spécial est le type même de la *notion « fonctionnelle »*. Elle n'a pas de contenu très précis, mais elle remplit un double rôle : d'abord, elle préserve la distinction des domaines, reste un critère réducteur permettant d'éviter que le domaine public n'absorbe le domaine privé ; ensuite, elle permet de le faire avec souplesse. L'ennui, c'est qu'elle est source d'incertitude et, par suite, de difficultés pratiques. Il n'y a pas une définition du domaine public permettant de l'identifier à coup sûr.

En remplaçant la notion d'aménagement spécial par celle *d'aménagement indispensable à l'exécution des missions de service public* auquel le bien considéré est affecté, le code conduira-t-il a de profonds changements jurisprudentiels ? Plus précise, l'expression se veut en tout cas plus restrictive. Il est tout aussi clair qu'elle ne vaut que pour les biens affectés aux services publics.

§ 2. Le régime de domanialité publique

Tous les biens des personnes publiques, outre qu'ils ne peuvent être cédés en dessous de leur valeur [4], ont en commun d'être insaisissables [5]. Sur l'ensemble de ces biens, les personnes publiques disposent de prérogatives qui en permettent la gestion. En particulier les organes de la collectivité propriétaire ont une compétence discrétionnaire pour prononcer l'*affectation* des biens de son patrimoine soit aux services publics, soit à l'usage direct du public. Cette affectation résulte normalement d'une décision administrative mais elle peut aussi découler d'un contrat (par exemple, une concession) et parfois la loi l'impose [6].

Sur le *domaine privé* s'exerce, en principe, le droit de propriété dans ses différents éléments définis par le Code civil et la jurisprudence judiciaire, sans oublier des

---

1. CE 14 juin 1972, *Eidel*, *AJDA* 1973.495, note J. Dufau.
2. CE 20 juill. 1971, *Consorts Bolusset*, *R.* 547.
3. CE 3 mars 1978, *Sieur Lecoq*, *AJDA* 1978.581, concl. D. Labetoulle.
4. CC 25-26 juin 2006 (concernant les privatisations), *GDCC* n° 37.
5. L'insaisissabilité est aujourd'hui consacrée par l'article L. 2311-1 du CGPPP. Elle avait auparavant été considérée comme principe général du droit : Cass. 21 déc. 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM) c/Société SA Lloyd Continental*, concl. L. Charbonnier, note B. Pacteau, *RFDA* 1988.771 ; *GAJA* n° 94 (arrêt précisant que ce principe ne permet pas de recourir aux voies d'exécution du droit privé).
6. Toute affectation formelle doit s'accompagner d'une affectation de fait, laquelle est essentielle et suffit à faire rentrer un bien dans le domaine public. Ainsi, pour un bien affecté à l'usage direct du public, la mise à disposition de ce public doit être effective ; tout comme la réalisation certaine et effective d'un aménagement indispensable doit concrétiser l'affectation d'un immeuble au service public – Le code écarte toute domanialité publique virtuelle.

prérogatives ou sujétions particulières instituées par des textes spécifiques [1]. Font exception et donc sont administratifs, les actes réglementaires relatifs à la gestion de ce domaine privé et les actes unilatéraux non réglementaires qui en sont détachables [2]. De même les contrats répondant aux critères du contrat administratif.

Sur le *domaine public,* au contraire, s'applique toujours un régime de droit public : la **domanialité publique**, constituée de règles qui organisent tout à la fois la protection et l'utilisation des biens, « conformément à leur affectation à l'utilité publique ».[3]

A. La protection du domaine public

I. L'inaliénabilité du domaine public

Symbole de la protection du domaine public, l'inaliénabilité est toute *relative* : elle ne vaut que tant qu'il y a affectation au public ou à un service public et elle n'empêche pas l'aliénation après déclassement et désaffectation. Ses conséquences n'en sont pas moins importantes : ventes et échanges sont nuls, il ne peut en principe y avoir expropriation, et il y a imprescriptibilité. Qui plus est, après en avoir rappelé le principe, le code énumère des exceptions. Sont notamment autorisés, sans déclassement préalable, des cessions amiables ou des échanges entre personnes publiques, par exemple lorsque s'opère un changement de service public qui maintient le bien cédé sous régime de domanialité publique [4].

La constitution de *droits réels* au profit de particuliers est aussi possible. C'est récent : en 1985 [5] le Conseil d'État considère encore comme nulle une clause contractuelle conférant un quelconque droit réel sur le domaine public. Cela résulte de deux lois. D'abord, la loi d'amélioration de la décentralisation du 5 janvier 1988 (art. 13). Elle autorise, pour les collectivités territoriales, dans des conditions assez restrictives, la conclusion de baux emphytéotiques. Ensuite, la loi du 25 juillet 1994 complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public : elle dispose que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public artificiel de l'État et de ses établissements publics a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel. Comme dans le cas précédent, son régime est très particulier, mais il est tel

---

1. Par exemple, adoptant un dispositif semblable à celui retenu en 1996 pour les biens de France Télécom, la loi du 11 décembre 2001 qui a déclassé les biens de La Poste prévoit que l'État peut demander la nullité de la cession d'un bien lorsque cette opération serait susceptible de compromettre les obligations de l'exploitant public « en ce qui concerne, notamment, la continuité du service public et la politique d'aménagement du territoire ».
2. Par exemple, CE 3 mars 1975, *Courrière*, *AJDA* 1975.233 (est détachable l'acte fixant les coupes de bois dans une forêt).
3. Art. L. 2121-1 du CGPPP.
4. Art. L. 3112-1 et s. L'objectif est de permettre une certaine « circulation » des propriétés publiques dans les patrimoines administratifs ou entre eux.
En cas de blocage, le code consacre au profit de l'État une théorie dite des *mutations domaniales* (datant du début du XXe siècle et confirmée par le Conseil d'État, début XXIe) ; art. L. 2123-4 : « lorsqu'un motif d'intérêt général justifie de modifier l'affectation de dépendances du domaine public appartenant à une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public, l'État peut, pour la durée correspondant à la nouvelle affectation, procéder à cette modification en l'absence d'accord de cette personne publique ». V., justifiant cette « théorie » très controversée, le dossier *AJDA* 2006, préc., p. 1080.
5. CE 6 mai 1985, *Association Eurolat*, *R.* 141 ; *RFDA* 1986.21, concl. B. Genevois.

qu'il n'y aura pas, ce qu'a admis le Conseil constitutionnel, atteinte au principe d'inaliénabilité. Reprenant toutes ces règles antérieures, le code s'efforce de les clarifier et de renforcer la sécurité juridique, afin de permettre une meilleure valorisation des propriétés publiques [1]

II. La police du domaine public

Les autorités administratives exercent évidemment leurs pouvoirs de *police générale* sur le domaine public : par exemple, la réglementation de la circulation s'applique par excellence sur les voies publiques. Elles sont aussi chargées d'assurer la protection directe de l'intégrité matérielle de ce domaine contre toute dégradation, par ce qui est communément appelé la *police de la conservation*. Les mesures prises à cette fin sont sanctionnées pénalement : les atteintes à ces règles sont, selon le cas, des **contraventions de voirie routière** ou des **contraventions de grande voirie.**

Les *contraventions de voirie routière* relèvent du *juge judiciaire* et, plus précisément, du juge des infractions à la police de la circulation. Il peut s'agir, par exemple, des dommages causés par un automobiliste au revêtement d'une voie, de la dégradation d'un pont, de vols de matériaux stockés pour des travaux de voirie. La sanction est une amende et le juge peut, en outre, condamner le contrevenant à la *restitutio in integrum*.

Les *contraventions de grande voirie*, lorsqu'elles sont prévues par un texte, concernent telle ou telle autre dépendance du domaine public. Peuvent être ainsi visés : la chute d'un arbre sur une voie ferrée, le prélèvement de sable sur le bord de la mer, les dommages causés aux câbles téléphoniques, etc. Le juge compétent est le *tribunal administratif* qui peut prononcer lui aussi deux séries de sanctions : des sanctions répressives (une amende) et des sanctions restitutives (condamnation à la remise des lieux en l'état ou à une réparation pécuniaire des dommages causés). Il est saisi par l'administration qui est tenue d'engager les poursuites, sans pouvoir en apprécier l'opportunité [2].

B. L'utilisation du domaine public

Le *domaine affecté aux services publics* est utilisé par ceux-ci dans des conditions qui varient selon leur mode de gestion. S'il s'agit d'un service public concédé, les conditions sont fixées par le cahier des charges de la concession. Le public a souvent accès aux biens concernés, mais c'est en qualité d'usager du service public (ainsi, pour les chemins de fer, écoles publiques, etc.).

L'utilisation du *domaine affecté à l'usage direct du public* est quant à elle, en principe, *collective* mais elle peut être aussi *privative*.

---

1. Y. Gaudemet, « Les droits réels sur le domaine public », *AJDA* 2006.1094. Dans le même ordre d'idées, le code admet (art. L. 2122-4) la possibilité de grever les immeubles du domaine public de *servitudes conventionnelles compatibles avec l'affectation*.

2. L'obligation de poursuite trouve néanmoins sa limite « dans les autres intérêts généraux » dont l'administration compétente à la charge : CE 30 sept. 2005, *M. Cacheux*, *AJDA* 2005.2469, concl. P. Collin (suite au naufrage du pétrolier Erika, le préfet du Finistère a pu refuser de faire dresser un procès verbal à l'encontre des responsables des pollutions causées, « estimant que la coopération avec la société Total devait être préservée pour assurer le traitement des conséquences du naufrage »). Sur les rapports entre police générale, police de la conservation et gestion du domaine public, v. É. Picard, *La notion de police administrative,* LGDJ, « Bibl. de droit », t. 146, 2 vol., 1984.

L'**utilisation collective** est libre, ce qui n'empêche pas l'autorité de police de la réglementer, voire de l'interdire [1]. Elle est gratuite sous réserve d'exceptions (péages des autoroutes, ponts, tunnels...). Elle doit enfin respecter le principe d'égalité : tous les usagers sont traités de la même façon sans préférence ni défaveur dès lors qu'ils sont dans des situations identiques mais, précisément, des différences entre eux justifient des dérogations (couloirs de circulation pour les transports en commun, stationnements réservés, aisances de voirie reconnues aux riverains, c'est-à-dire droit d'accès, droit de vue sur la voie publique, droit d'écoulement des eaux, etc.).

L'**utilisation privative** suppose une autorisation d'occupation et elle donne lieu au paiement d'une redevance [2]. S'il n'y a pas emprise (terrasse de café, par exemple), celle-ci découle d'un acte unilatéral délivré par l'autorité de police générale : le *permis de stationnement*. En cas d'emprise (kiosques à journaux implantés dans le sol, palissades de chantiers fixées par des poteaux scellés dans le sol, canalisations situées dans le sous-sol), l'autorisation est accordée par l'autorité dont dépend la conservation du domaine : par acte unilatéral ou *permission de voirie* ; mais aussi par contrat, notamment lorsque les occupations sont liées à l'exécution d'un service public concédé — Contrat alors appelé *concession de voirie* et toujours administratif en vertu du décret-loi du 17 juin 1938.

En ce qui concerne l'octroi de ces autorisations, la liberté d'appréciation est très large mais l'autorité compétente ne peut, en principe, refuser l'usage normal du domaine (par exemple, un emplacement de vente dans des halles) et elle doit tenir compte des exigences de la « meilleure utilisation » des biens [3]. Ce qui désormais doit se concilier avec le respect des règles du droit de la concurrence [4].

Une fois accordée, l'autorisation d'occupation privative demeure **précaire et révocable** [5]**.** Ce n'est là qu'une simple conséquence de l'affectation. L'Administration doit pouvoir disposer à tout moment de son domaine public en résiliant les contrats ou en abrogeant les actes unilatéraux d'autorisation. Aussi justifiée qu'elle soit, cette précarité a pu apparaître contraire aux exigences d'une bonne gestion domaniale. D'une part, il y avait volonté d'encourager, développer les investissements privés sur le domaine public. D'autre part, subsistait (et subsiste encore) une règle ne pouvant que dissuader les personnes privées d'investir. C'est pour y remédier que sont intervenues les dispositions concernant les droits réels. Chaque fois, sans aller jusqu'à remettre en cause les principes d'inaliénabilité et de précarité, il a été fait en sorte que l'occupant du domaine public bénéficie de certaines garanties.

---

1. V. *infra*, chapitre sur la police.
2. V. l'étude du Conseil d'État, *Redevances pour services rendus et redevances pour occupation du domaine public*, La Documentation française, 2002.
3. CE 3 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *R.* 246, concl. B. Chenot (qui résume ainsi son opinion : « Lorsque l'Administration délivre une autorisation d'occupation, elle doit veiller à ce que l'utilisation du domaine par le bénéficiaire de la permission corresponde à l'exécution d'un service utile à la collectivité tout entière ») ; 18 nov. 1966, *Froment*, *RDP* 1967.543, note M. Waline ; *AJDA* 1967.45, note A. de Laubadère : « S'il appartient au maire de déterminer, par voie réglementaire, les conditions d'attribution des emplacements situés sur le domaine public communal qui peuvent être occupés par des marchands forains les jours de foire, il ne peut se fonder pour définir ces règles, que sur des motifs tirés de l'ordre public, de l'hygiène et de la fidélité du débit des marchandises ainsi que de *la meilleure utilisation du domaine public* ».
4. CE 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA* 1999.427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex (art. G. Gonzalez, p. 387, du même n°, « Domaine public et droit de la concurrence »).
5. Art. L. 2122-3 du CGPPP.

Chapitre 2

Les travaux publics

La riche originalité du droit des travaux publics résulte d'abord de son histoire. Avant la Révolution française, de grands ouvrages furent construits selon des règles juridiques dont certaines sont encore en vigueur. Tenant compte de ce passé, la loi du 28 pluviôse an VIII dispose que « le conseil de préfecture se prononcera :

– sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'Administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ;

– sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs, et non du fait de l'Administration [1] ;

– sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics ».

Le contentieux des travaux publics relève donc, depuis le début du XIXe siècle, de la juridiction administrative, et, plus précisément, en première instance, du conseil de préfecture devenu, en 1953, tribunal administratif. Devant ce juge, la procédure applicable en cette matière déroge sur deux points importants aux principes généraux : *la décision administrative préalable n'est pas nécessaire pour lier l'instance ; la recevabilité de la requête n'est pas enserrée dans le délai de deux mois*. En outre, l'existence de ce bloc unique a facilité la création de règles d'interprétation convergentes qui donnent une certaine homogénéité au régime juridique applicable aux travaux et ouvrages publics (Section 2) dont la notion est pourtant difficile à cerner (Section 1).

Section 1
Les travaux et ouvrages publics : définitions

Le langage usuel confond souvent les *travaux publics* et les *ouvrages publics* mais il convient de les distinguer. Il faut désigner les opérations par la première expression et leur

---

1. ... « et non du fait de l'Administration » ? Au XIXe siècle, dès les années 1820, il a été considéré que le législateur s'est trompé, a voulu écrire « aussi du fait de l'Administration ». Si ce texte reste ainsi interprété (au profit des tribunaux administratifs), il n'y avait, en réalité, sûrement pas erreur à l'origine : en l'an VIII, le législateur voulait que les actions contre l'Administration continuent de relever des ministres qui étaient alors les juges de droit commun. V. R. Chapus qui se réfère à Laferrière, *DA*, t. II, n° 777.

résultat (une autoroute, un pont, un viaduc...) par la seconde, étant entendu qu'il n'y a pas toujours entre les deux un lien aussi étroit.

Les **travaux publics** proprement dits présentent trois séries de caractéristiques.

a) Il s'agit d'**opérations matérielles :** construction (par exemple, d'un échangeur...), destruction (d'une centrale nucléaire hors d'usage...), aménagement. Même si ces opérations créent indirectement des droits ou des obligations, ce ne sont pas des actes normateurs (destinés à modifier l'ordre juridique) [1].

b) Le travail doit présenter un **caractère immobilier.** Ce deuxième élément de la définition signifie que toute opération concernant un immeuble peut être un travail public. En revanche, un meuble n'est jamais un ouvrage public et les opérations qui s'y rattachent ne peuvent pas être qualifiées de travaux publics. L'ampleur des travaux est dénuée de signification : ainsi la construction d'un sous-marin nucléaire n'est pas un travail public alors que le curage d'un fossé en est un. Mais l'immeuble peut être aussi bien un *immeuble par nature* (bâtiments, en particulier) ou un *immeuble par destination :* une personne blessée par la chute d'un lustre, installé à perpétuelle demeure au plafond d'un ministère est victime d'un dommage de travaux publics [2].

c) Le troisième élément de la définition est la finalité de l'opération : il ne s'agit d'un travail public que si sa destination est l'**utilité publique.**

Deux hypothèses sont habituellement distinguées pour rendre compte de la jurisprudence :

Si les travaux immobiliers sont effectués pour le compte d'une personne publique, il suffit d'un simple but d'*utilité générale* [3]. C'est l'hypothèse toute à la fois principale et traditionnelle, la seule, dit-on, qui existait jusqu'en 1955.

Si les travaux immobiliers sont effectués pour le compte d'une personne privée, ils doivent l'être sous la maîtrise d'ouvrage d'une personne publique, pour l'accomplissement d'une *mission de service public*. C'est l'hypothèse subsidiaire, en pratique beaucoup moins importante que la précédente. Elle résulte de l'arrêt *Effimieff* [4] : étaient alors en cause des travaux de reconstruction immobilière, effectués au profit de particuliers, par des associations syndicales de reconstruction qui avaient le caractère d'établissements publics et s'étaient vues assigner par le législateur une mission de service public « dans l'œuvre de la reconstruction immobilière ».

---

1. V. P. Josse, (*Les travaux publics et l'expropriation,* Sirey, 1958, p. 334 : « La notion d'aménagement doit être largement entendue (...). C'est ainsi que constituent des travaux publics le nettoiement des rues, l'enlèvement des ordures ménagères, l'arrosage des voies publiques, l'enlèvement des vieilles couronnes dans un cimetière. De même pour le chauffage d'un bâtiment public par le fonctionnement de calorifères, le halage sur les canaux de navigation. De même encore constitue un marché de travaux publics le contrat par lequel un entrepreneur, moyennant le profit qu'il retire du travail des prisonniers, s'engage à les nourrir et, d'une manière générale, à subvenir à leurs besoins et à entretenir la prison »).
2. CE 19 déc. 1962, *Louve*, *R.* 695 ; de même, CE 10 mai 1963, *Faculté de médecine de Lyon*, *R.* 288 (« une chute dans la cage d'un ascenseur dont la porte s'est ouverte sans difficulté alors que la cabine était immobilisée à un étage inférieur constitue un dommage de travaux publics »).
3. CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, *R.* 573 ; *S.* 1921.3.49, concl. Corneille, note Hauriou ; *RDP* 1921.361, concl., note Jèze ; *GAJA* n° 38.
4. TC 28 mars 1955, *Effimieff*, *R.* 617 ; *GAJA* n° 73.

La référence à une mission de service public se veut ici restrictive. Les raisons s'en devinent aisément. Quand le travail est fait pour le compte d'une personne publique, il est en principe, sauf de rares exceptions, d'utilité générale [1]. Le travail public est la règle. Au contraire, pour le compte de particuliers, il n'est que l'exception. Il faut logiquement une mission très précisément déterminée par la loi.

L'**ouvrage public,** quant à lui, suppose que deux conditions soient simultanément remplies :

– il faut, d'une part, qu'il s'agisse d'un ouvrage qui soit le résultat d'un travail et qui ait un caractère immobilier ;

– il faut, d'autre part, que cet ouvrage réponde, par son usage, aux besoins du public, à ceux d'un service public ou encore à un but d'intérêt général [2].

Ainsi conçu, l'ouvrage public est à distinguer du domaine public [3]. Il n'est pas non plus toujours lié à un travail public : le travail public peut ne pas déboucher sur un ouvrage public (démolition, travaux sur des propriétés privées) ; et, inversement, il y a parfois ouvrage public sans travail public préalable (achat à des particuliers d'un ouvrage construit par eux).

Section 2
Le droit des travaux publics

A. Le rôle du maître de l'ouvrage

La décision d'entreprendre des travaux publics est nécessairement prise par une personne publique ayant la qualité de « maître de l'ouvrage ». Il lui faut, selon une loi du

---

1. Pour un exemple d'exception, v. TC 10 juin 1963, *Société Lombardi et Morelle c/Commune de Laruns et SNCF*, *R.* 706 (le rétablissement de la circulation sur une route forestière exclusivement destinée à l'exploitation de bois communaux n'intéresse que la gestion du domaine privé de la commune et ne saurait être constitutif de travaux publics) ; à comparer avec TC 8 févr. 1965, *Henri Martin c/Sauvadet*, *R.* 811 (la construction d'une route destinée à désenclaver une forêt communale est un travail public, dès lors qu'elle a aussi pour objet de desservir deux villages).
2. Conclusions D. Labetoulle, sur CE 10 mars 1978, *Office public d'habitations à loyer modéré de la ville de Nancy*, *AJDA* 1978.401.
3. *Ibid.* ; « un bien ne fait partie du domaine public qu'à la condition, notamment, d'être affecté au public ou à un service public. Par contre les notions d'ouvrage public ou de travaux publics peuvent parfois être déduites du lien qui les unit à un simple but d'intérêt général ». C'est plus large : l'ouvrage public peut appartenir au domaine privé des personnes publiques, voire même à des personnes privées – Sauf, évidemment, si le législateur n'en décide autrement et exclut cette dernière possibilité. Depuis quelques années, les transformations de certaines personnes publiques en personnes privées suscitent néanmoins des interrogations : un avis contentieux CE 11 juill. 2001, *M. Adelée* (*AJDA* 2002.266, note J. Dufau), a considéré que, de par la loi du 26 juill. 1996, les ouvrages immobiliers de France Télécom, personne morale de droit privé, ne sont pas normalement des ouvrages publics ; plus récemment, si la loi n'a rien dit concernant les biens d'EDF et GDF, elle a précisé que « les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics » (article 2, loi du 20 avril 2005 relative aux aéroports). Qu'en conclure ? V. F. Melleray, « Incertitudes sur la notion d'ouvrage public », *AJDA* 2005.1376 ; P. Sablière, « Les ouvrages de production, de transport et de distribution d'électricité sont-ils encore des ouvrages publics et faut-il qu'ils le soient ? Contribution à l'étude des incertitudes pesant sur la notion d'ouvrage public », *AJDA* 2005.2324.

12 juillet 1985, s'assurer de l'opportunité de l'opération, définir le programme, assurer le financement, choisir et mettre en œuvre le processus de réalisation. Elle a le choix entre deux types de solutions.

I. La régie

Elle peut, tout d'abord, exécuter elle-même l'opération : c'est le procédé de la régie qui est utilisé assez peu couramment.

II. Les contrats

À défaut d'exécuter elle-même, elle s'en remet à un entrepreneur. En vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, les contrats qu'elle passe alors sont toujours administratifs.

Le plus souvent, il s'agit d'un **marché de travail public :** l'entrepreneur — maître d'œuvre — achète les matériaux, rémunère les personnels et effectue le travail, en contrepartie de son prix. S'il s'agit de la construction d'un ouvrage, celui-ci, une fois l'opération réalisée, devient la propriété de l'Administration.

Du marché se distingue la **concession de travail public** (utilisée, par exemple, pour les autoroutes) : un concessionnaire s'engage à construire un ouvrage public puis à l'entretenir et à l'exploiter par la suite, en étant rémunéré au moyen de redevances procurées par cette exploitation et non par un prix versé par le maître de l'ouvrage comme dans le marché de travaux publics.

Une autre formule contractuelle, le **marché d'entreprise de travaux publics (METP)**, avait connu un grand développement : il s'agissait d'une combinaison entre la concession de service public (construction d'un équipement et exploitation du service) et le marché public (rémunération du co-contractant par la collectivité et non par les usagers). L'utilisation qui en a été faite ayant soulevé divers problèmes juridiques, cela a conduit à sa condamnation par le juge administratif et à son interdiction par le Code des marchés publics de 2001. Pourtant ce genre de contrats, confiant diverses missions au même co-contractant, a connu « sous une nouvelle dénomination un authentique renouveau » [1]. En effet, l'intervention d'une législation sur ce qu'il est convenu d'appeler le **« partenariat public/privé »** est allée dans ce sens en instituant de nouveaux contrats. En fait, le but est d'accroître les possibilités de recours au secteur privé pour le financement d'équipements publics. Déjà en 2002, deux lois avaient ouvert la voie en permettant des contrats confiant à une entreprise à la fois la construction, la maintenance, l'entretien d'un ouvrage public (il s'agissait, d'une part, d'immeubles affectés à la police et à la gendarmerie et, d'autre part, d'établissements pénitentiaires) [2]. Ensuite, la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit (art. 6) a autorisé la création par ordonnances « de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement de services ou une combinaison de ces différentes missions ». Ces nouveaux contrats ont été présentés comme distincts à la fois

1. F. Melleray, « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau Lazare juridique ? », *AJDA* 2003.1260.
2. Loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (*JO* 30 août 2002) ; loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice (*JO* 10 sept. 2002).

des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a admis l'innovation, tout en émettant une limite à la généralisation « de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique ». Afin de ne pas priver de garanties légales plusieurs exigences constitutionnelles, ces dérogations « doivent être réservées à des situations répondant à des motifs d'intérêt général » (tels que l'urgence ou la nécessité de tenir compte de caractéristiques particulières d'un équipement ou d'un service) [1]. Est ainsi intervenue *l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* [2] – Contrats dont le Conseil d'État a jugé qu'ils « constituent des marchés publics » au sens du droit communautaire [3].

B. L'exécution des travaux publics

Dès lors qu'il y a contrat administratif, s'applique pour l'essentiel le régime juridique propre à ces contrats. En cas de dommage, la responsabilité peut aussi être engagée, dans des conditions particulières [4].

En outre, afin de faire échec à une éventuelle mauvaise volonté de certains propriétaires privés qui chercheraient à perturber le déroulement des travaux, l'Administration dispose notamment du **droit d'occupation temporaire.** En vertu de cette prérogative qu'organise une loi du 29 décembre 1892, les autorités publiques ou leurs représentants peuvent pénétrer dans les propriétés privées en vue de procéder aux études et opérations préparatoires, y déposer des matériaux ou y établir des chantiers ou installations quelconques, extraire du sol de ces terrains privés les matériaux devant être employés dans l'opération projetée. Bien entendu, ce droit comporte des limites et des compensations : l'occupation doit être autorisée par un arrêté du préfet ; elle est précédée d'un état des lieux ; elle ne peut ni porter sur une maison d'habitation, ni excéder cinq ans ; elle entraîne une obligation d'indemniser le propriétaire et les autres personnes qui auraient été lésées par la présence de l'Administration, de ses agents ou de ses entrepreneurs.

C. Le régime juridique des ouvrages publics

À la qualification d'ouvrage public, traditionnellement, s'attachait l'application de deux règles qui répondent à une volonté de protection. D'abord, s'il y a dommage, *le régime de*

---

1. Le raisonnement du Conseil constitutionnel a soulevé des critiques : v. E. Fatôme et L. Richer, « Le Conseil constitutionnel et le « droit commun » de la « commande publique » et de la domanialité publique », *AJDA* 2003.2348. Sur la loi et la décision du Conseil constitutionnel, v. aussi, en tant qu'elles concernent le domaine public, *supra*, p. 390 et 399. Et sur la distinction des contrats, v. dossier 9, p. 423.
2. « ...terminologie, désormais acquise, mais qui ne peut que heurter le juriste, d'abord parce que tout contrat est un partenariat, ensuite parce que l'expression est dépourvue de sens juridique et désigne au mieux une sorte d'idéologie contractualiste de l'action administrative qui, d'ailleurs, déborde largement le champ du contrat » (Y. Gaudemet, « Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique », dans *Partenariat public-privé et gouvernance future* [dir. Ali Sedjari], L'Harmattan – GRET, 2005, p. 189 – (article publié dans *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 36).
3. CE 29 oct. 2004, *Sueur et autres*, *RFDA* 2004.1103, concl. D. Casas ; *AJDA* 2004.2383, chron. C. Landais et F. Lenica. V., plus généralement : *AJDA* 2004.1737, Dossier dur la réforme ; F. Brenet et F. Melleray, *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 – Une nouvelle espèce de contrats administratifs*, Litec, coll. « Collectivités territoriales », 2005 ; www.colloc.minefi.gouv.fr
4. V. *infra*, dossier 12, p. 572.

responsabilité est celui qui vaut pour les dommages de travaux publics (protection donc des usagers ou tiers). Ensuite, *l'ouvrage public est intangible* (protection de l'ouvrage lui-même). Un adage ancien affirme en effet que « l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas ». Il signifie que, si un ouvrage public a été édifié sur un terrain privé, par erreur ou à la suite d'une procédure irrégulière, aucun juge, même s'il y a voie de fait, n'est compétent pour en ordonner la démolition, le déplacement, la modification ou le changement d'affectation. Dans ce cas, le droit de propriété devient, en quelque sorte, inopposable à l'Administration.

Mais ce principe d'intangibilité a été remis en cause et semble aujourd'hui abandonné. D'abord, le Conseil d'État a admis un recours pour excès de pouvoir contre un refus de démolir un ouvrage public [1]. Il n'ordonne pas alors la démolition mais pratiquement le résultat est identique. Ensuite, depuis la loi du 8 février 1995, le juge administratif peut prescrire les mesures d'exécution qu'impliquent ses jugements ou arrêts, ce qui a conduit des juridictions à ordonner des déplacements d'ouvrages publics. Enfin, et surtout, le Conseil d'État dans un arrêt du 29 janvier 2003 a admis, tout en posant des conditions, que le juge administratif puisse ordonner la démolition d'un ouvrage public implanté irrégulièrement. Cette faculté implique une démarche en deux temps. Le juge doit d'abord rechercher si une régularisation est possible. En cas d'impossibilité ensuite il lui revient « de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général ». Il s'agit donc là d'effectuer un bilan entre les inconvénients et les avantages, démarche similaire à celle qui préside au contrôle des déclarations d'utilité publique [2]. Démarche néanmoins qui peut paraître contestable – notamment au regard de la CEDH – dès lors qu'elle n'exclut pas radicalement que le juge, certes au nom de l'intérêt général, avalise le fait accompli [3].

---

1. CE 19 avr. 1991, *Époux Denard, Époux Martin*, *RFDA* 1992.59, concl. H. Toutée, note J.-P. Maublanc.
2. CE 29 janv. 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes maritimes et Commune de Clans*, concl. C. Maugüe et note C. Lavialle, *RFDA* 2003.477 et 484. V. aussi dans le même sens, TC 6 mai 2002, *Binet*, *AJDA* 2002.1229 : en cas de voie de fait, et lorsqu'« aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée », le juge judiciaire peut ordonner le déplacement ou la démolition d'un ouvrage public.
3. R. Hostiou, « La CEDH condamne la théorie de l'expropriation indirecte », *AJDA* 2006.225.

POUR APPROFONDIR

1. Ce dossier doit permettre de mieux saisir la distinction des **actes normateurs** et des **opérations matérielles et intellectuelles.** Les *travaux publics* sont, sans doute, les meilleurs exemples de ces « agissements », pour reprendre le mot utilisé par le Conseil d'État, qui, certes, ont un régime juridique et des conséquences juridiques mais qui ne sont pas, pour autant, des actes normateurs, c'est-à-dire des mécanismes prévus par l'ordre juridique en vue de sa propre modification.

2. Les développements illustrent aussi les débats relatifs au service public et aux privilèges de l'Administration, qu'il s'agisse de **prérogatives de puissance publique** (occupation temporaire...) ou d'**immunités** (l'ouvrage public mal planté ne se détruit pas).

3. Il n'est pourtant pas question ici de trop déborder de ces notions sommaires. Les enseignements systématiques relèvent en cette matière d'un cours spécifique. Voir les manuels, notamment Jean-Marie AUBY, Pierre BON, Jean-Bernard AUBY, *Droit administratif des biens*, Dalloz, Précis, 4e éd., 2003 ; René CHAPUS, *Droit administratif général*, Montchrestien, Précis Domat, t. 2, 15e éd., 2001 ; Philippe GODFRIN et Michel DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, A. Colin, coll. « U », 7e éd., 2005 ; Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif (A. de Laubadère)*, LGDJ, t. 2, 12e éd., 2002 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif des biens,* Montchrestien, 4e éd., 2005 ; Christian LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996. (L'on notera seulement que ce dernier cite et tire parti d'« un livre, en apparence éloigné du sujet ici traité, mais qui cependant éclaire certains ressorts cachés de la notion de domaine public : E. KANTOROWICZ, *Les deux corps du roi, Essai sur la théologie politique du Moyen Âge*, éd. Gallimard, 1989 »).

4. La réflexion portera sur la **propriété** [1] en droit public et aussi sur l'utilité de distinguer un domaine public et un domaine privé dans le patrimoine des personnes publiques.

Comment en droit public concevoir une « propriété » ? Cela a longtemps posé problème mais il a fini par être communément admis, au cours du xxe siècle, que, par-delà les différents régimes juridiques, l'ensemble des biens publics constitue une propriété publique distincte de la propriété privée. Voir en ce sens, Philippe YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 191, 1997 : outre que son critère est organique (est supposée l'appartenance à une personne publique), elle se caractérise par son incessibilité en dessous de sa valeur réelle et son insaisissabilité ; et seule elle peut se voir appliquer les règles de la domanialité publique, ce qui constitue un domaine public (définit alors comme la partie de la propriété publique relevant de la domanialité publique) distinct du domaine privé.

Quoi qu'il en soit de cette théorie de la propriété publique aujourd'hui reprise par le Code général de la propriété des personnes publiques, il est certain que le droit positif repose sur la *distinction du domaine public et du domaine privé*. Il ne faut pas oublier pourtant qu'elle a été contestée, en des termes qui restent actuels, notamment par :

a) Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, éd. de Boccard, 1921, 2e éd. (t. III, p. 326).

---

1. V. en introduction à ce thème : *Droits,* no 1 (Destins du droit de propriété), 1985 ; P. Delvolvé, « Droit de propriété et droit public », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 149 ; J.-Fr. Lachaume et H. Pauliat, « Le droit de propriété est-il encore un droit fondamental ? », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 373.

b) Jean-Marie AUBY, « Étude du domaine privé de l'Administration », *EDCE*, 1958 (p. 56) :

La présente étude conduit encore à s'interroger sur la valeur de la distinction du domaine public et du domaine privé. [...]

Il est permis de s'interroger sur la valeur de cette distinction, et les doutes que l'on peut élever à son sujet se retrouvent souvent chez les auteurs qui ont étudié les problèmes du domaine privé. Si l'on admet, en effet, que la gestion du domaine privé constitue, comme celle du domaine public, une activité d'intérêt général, si l'on considère que le régime juridique des deux domaines est un régime mixte, comportant des éléments exorbitants et de droit commun, une notable partie des facteurs de la distinction s'évanouit. On peut bien dire sans doute que, dans le régime juridique du domaine public, les règles du droit public occupent une place plus large que dans celui du domaine privé. Mais, dans les deux cas, on rencontre de telles règles, si bien que la différence semble devoir se résoudre logiquement en une différence de degré, plutôt que de nature, à l'intérieur de la catégorie plus vaste des biens publics, dont l'article 537 du Code civil indique, à juste titre, qu'ils sont soumis à des règles particulières d'administration et d'aliénation.

Le droit positif traduit du reste dans une certaine mesure cette idée, en donnant à certains biens du domaine privé, tels les biens affectés ou les forêts domaniales, un régime qui les rapproche sensiblement des biens du domaine public. DUGUIT, dans quelques pages particulièrement pénétrantes de son *Traité de droit constitutionnel*, avait voulu traduire cette situation en parlant d'« échelle de domanialité », mais cette conception, qui a eu l'avantage d'interpréter la thèse domaniale dans un sens relativiste, doit cependant être complétée. Sans doute une distinction s'établit entre les différents biens publics, non seulement du reste en fonction de leur nature, mais également en considération de leur affectation. Ces biens sont soumis, non pas à deux types de régimes juridiques mais à un plus grand nombre de régimes qui s'expliquent, au moins approximativement, par l'idée suivante.

Chaque catégorie de biens publics est soumise à un régime exorbitant dans la mesure où ce régime est nécessaire pour assurer sa protection ou son affectation.

En effet, la distinction qui s'établit entre les diverses catégories de biens domaniaux se double d'une distinction entre les différents attributs de la domanialité. Ce que l'on appelle le régime de domanialité publique — on devrait dire plutôt le régime exorbitant applicable aux biens publics — ne constitue en aucune manière un ensemble applicable — en bloc — à une catégorie de biens, mais une série de règles qui peuvent jouer indépendamment les unes des autres, chaque catégorie étant soumise à un nombre variable de ces règles.

Cette application distributive des règles domaniales est commandée dans les grandes lignes par le principe suivant. Le législateur ou la jurisprudence, pour chaque catégorie de biens publics, font appel aux règles exorbitantes qui leur paraissent nécessaires pour assurer la protection de ces biens. Les solutions variées qui découlent de ce principe permettent alors d'établir une échelle de domanialité allant des biens publics, dont le régime comporte un maximum d'exorbitance, à ceux pour lesquels les règles de droit public sont peu nombreuses (elles ne sont jamais complètement absentes). À l'intérieur de cette échelle, il est possible, à certains égards, de distinguer deux ensembles soumis à des règles différentes. Cependant, la ligne de démarcation de ces deux ensembles s'établit à un niveau différent selon les règles considérées. Elle n'est pas la même selon que l'on se place au point de vue du régime contentieux, de la protection pénale ou encore de la règle d'inaliénabilité.

Substituer une « échelle de domanialité » à la distinction du domaine public et du domaine privé n'était pas à l'ordre du jour du codificateur de 2006. Sa perspective est restée celle qu'avait adopté en 1986 le Conseil d'État (Section du rapport et des études) en procédant à un examen critique du droit domanial. Dans la troisième partie de son rapport (publiée dans *EDCE*, 1987, p. 13), sans remettre en cause la distinction des deux domaines, il affirmait seulement que des inflexions étaient nécessaires, particulièrement en

ce qui concerne le champ d'application du droit administratif – Sur l'état de la question, v. Fabrice MELLERAY, « L'échelle de la domanialité », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 287.

5. Enfin, il ne faut pas oublier que la question des biens et particulièrement de la *politique immobilière*, tout comme celle de la fonction publique, constitue **« une priorité de la réforme de l'État »**. Quatre objectifs sont fixés : « faire évoluer le parc immobilier vers des implantations plus adaptées, moins nombreuses et moins onéreuses ; optimiser l'occupation des immeubles et valoriser au mieux ceux qui sont libérés ; moderniser l'entretien ; mobiliser le foncier pour participer à la production de logements » (Conseil des ministres, 22 févr. 2006, communiqué – *JCP A* 2006, act. 198).

Cela s'est traduit notamment par un ambitieux programme de cession d'immeubles de l'État dont la réalisation s'avère délicate. Courant 2005, une mission parlementaire d'évaluation et de contrôle a dénoncé des retards et un manque de volonté politique et de pilote pour mener les opérations (*Le Monde* du 7 juillet 2005 ; et celui du 8 juillet 2005). En est résulté une transformation du service des domaines, désormais appelé *Service France Domaines* et rattaché à la direction générale de la comptabilité publique (v. site internet du MINEFI, cessions de biens immobiliers de l'État) : tout autant que les cessions, ce service est appelé à gérer le patrimoine de l'État. Doit, par exemple, disparaître l'affectation gratuite à chaque ministère des immeubles qu'il occupe. Seront généralisés les « loyers budgétaires » : France Domaines conclura des conventions d'occupation avec les ministères.

C'est la conception même du patrimoine des personnes publiques qui semble se transformer, alors que par ailleurs la réforme financière oblige à mettre en place de nouveaux instruments. V. Christian LAVIALLE, « Les propriétés publiques saisies par la comptabilité », Tribune *AJDA* 2005.2257 :

> « ...la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances **(LOLF)** dispose dans son article 27 que les comptes de l'État « doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle de son patrimoine et de sa situation financière », alors que son article 30 ajoute que « la comptabilité générale de l'État est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations » et qu'elle doit, sauf exception, être alignée sur celle des entreprises.
>
> Il s'ensuit que l'État et ses établissements publics après les collectivités locales (l'instruction M14 l'a ainsi imposé depuis 1997 aux communes) doivent dresser un inventaire de leurs biens et les amortir comptablement. Les biens publics sont ainsi traités comme les immobilisations dans un bilan par l'introduction d'une charge nouvelle, l'annuité d'amortissement, qui fait ressortir une obligation de reconstituer ces dernières ».

Dans ce contexte – et pour s'en tenir encore à lui, l'État paraît se préférer locataire, plus que propriétaire : « ...tout conspire à une *« externalisation » de l'immobilier administratif*, qui se développe à vive allure (aujourd'hui plus qu'hier et bien moins que demain) » (Philippe YOLKA, « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP A* 2006, act. 452). Rien n'est pourtant jamais simple ! Dans le même temps, un établissement public comme le Conservatoire de l'espace littoral continue de mener une *politique systématique d'acquisitions* d'espaces littoraux :

> « En soi, observe Yves JEGOUZO (Tribune *AJDA* 2005.1537), le principe même du Conservatoire est étrange. Pourquoi faut-il acquérir les biens environnementaux menacés pour en assurer la protection ? On aurait pu penser que les multiples instruments réglementaires dont c'est la fonction suffisaient à cela, loi littoral, loi de 1930, réserves naturelles, zones Natura 2000, espaces boisés classés, etc. Etre obligé d'incorporer aux propriétés publiques les espaces littoraux les plus convoités n'est-ce pas l'aveu que les servitudes d'utilité publique sont impuissantes à contenir la pression foncière au-delà d'un certain seuil ?...
>
> L'exemple du Conservatoire illustre ainsi ce qui est la fonction même de la domanialité publique : permettre que des biens irremplaçables du fait de leur situation ou de leur aménagement ne puissent échapper à leur affectation d'intérêt général ou n'y échappent

que de manière transparente et volontaire ; cela implique principalement leur inaliénabilité et le fait que les utilisations qui peuvent y être autorisées ne puissent remettre en cause leur destination publique. C'est parce que les biens du domaine propre du Conservatoire ne peuvent en sortir qu'au terme d'une procédure complexe qu'il est possible d'assurer la pérennité de la protection de certains espaces littoraux. C'est du fait de la domanialité publique de ce domaine de 73 000 hectares que les utilisations que doit consentir le Conservatoire pour en assurer la gestion restent conciliables avec leur vocation naturelle et demeurent réversibles.

Il n'est pas sans intérêt de rappeler cela en un temps où l'on tend à nier l'intérêt de la domanialité publique, voire de la propriété publique ».

Dossier 9

Les contrats de l’Administration

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. L'identification des contrats administratifs
Chapitre 2. L'autonomie des contrats de l'Administration

La théorie du contrat est une partie essentielle dans l'étude des obligations et comprend des développements importants en droit civil, droit commercial, droit du travail... Dans ce domaine, il est donc légitime, en droit administratif, de renvoyer largement au droit privé. Toutefois, parmi les contrats passés par l'Administration, certains forment la catégorie des **contrats administratifs** dont l'identification repose sur une combinaison de *critères* (Chapitre 1). Si le régime de ces contrats administratifs est spécifique, en réalité, l'**ensemble des contrats de l'Administration** connaît des règles marquées par une certaine *autonomie* (Chapitre 2).

Pour situer, au préalable, l'ensemble de ces contrats dans le cadre de l'action administrative, il faut rappeler d'abord que toutes les actions publiques se résolvent en deux types d'actes : des *actes normateurs* (qui créent des droits et des obligations) comme un contrat ou une décision unilatérale (arrêté du maire, décret du président de la République, délibération des assemblées territoriales, etc.) [1] et des *opérations matérielles et intellectuelles* qui préparent les actes normateurs ou bien en assurent l'exécution (depuis l'étude d'un plan d'urbanisme jusqu'à l'enlèvement des ordures ménagères, etc.).

Telle qu'elle a existé en France au XIXe siècle, l'Administration tendait à se cantonner dans le domaine des actes normateurs : elle se contentait soit de laisser faire, soit de faire faire (par les administrés) ce qui lui paraissait conforme à l'intérêt général. Au contraire, l'Administration contemporaine a pris à son compte des tâches matérielles et intellectuelles très nombreuses : elle est allée jusqu'à faire elle-même (et, en dépit d'un net recul, continue de faire) ce qui, dans le passé, paraissait relever plutôt de l'initiative privée.

Dans cette action, la puissance publique bénéficie d'importantes prérogatives : en particulier, elle peut décider, unilatéralement, imposant ainsi sa volonté aux administrés ou à ses agents. Toutefois, elle préfère souvent négocier, pour des raisons évidentes d'efficacité : elle veut éviter les conflits par la consultation des intéressés ; elle désire aussi mieux éclairer sa lanterne ; elle recherche, enfin, la collaboration de tous pour faciliter sa tâche.

---

1. Sur la définition de ces actes normateurs et leur distinction, *supra*, dossier 3, p. 165 (« normateur » qualifie ici l'opération normatrice, le mécanisme institué par l'ordre juridique pour créer du droit. L'acte lui-même une fois créé est « normatif », c'est-à-dire constitue une norme).

Le problème de l'action administrative est donc double. *Faire ou faire faire ?* [1] Voilà la première question qui traditionnellement paraît devoir se poser aux administrateurs. *Décider ou négocier ?* Telle est la seconde alternative qui détermine plus précisément la place qu'occupent aujourd'hui les contrats, et que l'on peut illustrer ainsi :

Premier exemple : Une commune a décidé de construire un « foyer rural ». Elle a besoin d'un terrain ; elle l'achète à un propriétaire consentant (procédure contractuelle) ; mais si cette solution n'est pas possible, elle demandera la mise en œuvre de la prérogative d'expropriation pour cause d'utilité publique (procédure unilatérale).

Deuxième exemple : Un département a passé contrat pour la construction d'un hôpital et, alors que les travaux ont déjà commencé, il s'avère utile de modifier les plans ; si l'entrepreneur en est d'accord, l'Administration négocie avec lui les changements (les avenants) et l'estimation de leur coût ; s'il ne veut rien entendre, le marché qu'il a passé sera l'objet d'une modification unilatérale décidée par la puissance publique (sans le consentement et même contre la volonté du partenaire privé).

Ces exemples, tout en montrant une opposition nette entre la **procédure contractuelle** et la **procédure unilatérale**, sont de ceux qui donnent à penser que l'Administration, si elle n'hésite pas à négocier, peut toujours en dernier ressort, pour parvenir à ses fins, imposer ses décisions. Les choix de l'une ou l'autre procédure, malgré tout, sont liés aux réponses apportées à la question précédente : si l'État entend plutôt « faire faire » ou « aider à faire », il cherchera moins à imposer ses choix qu'à négocier pour les faire accepter.

Ce n'est pas toujours possible. Dans certains domaines, il n'y a pas le choix. La compétence est liée et il faut agir par voie d'acte unilatéral. Ainsi, une autorité ayant un pouvoir réglementaire ne peut en limiter l'exercice par voie de contrat. Tel est le cas en matière de police ou de fonction publique : une personne publique ne pourrait conclure avec ses fonctionnaires un contrat qui aurait pour objet de déroger à leur « situation statutaire et réglementaire ». Néanmoins doit-on exclure toute possibilité de contrat à l'intérieur d'une administration ? La démarche des « contrats de service », dont l'objectif est d'en améliorer le fonctionnement, suggère une telle éventualité [2]. Et d'une façon générale même si la procédure unilatérale continue d'occuper une place plus importante qu'en droit privé, s'affirme une volonté de négocier. La tendance est à la « **contractualisation** des actions et des moyens publics d'intervention » [3] notamment avec le développement des relations contractuelles entre personnes publiques.

Évidemment, cette tendance peut s'interpréter à la lumière de ce que l'on a dit, par ailleurs, de l'évolution générale de l'action administrative. Dès lors que l'État apparaît « non plus comme un directeur mais comme un acteur central », « de moins en moins

---

1. Sur cette question, v. le dossier 1.
2. A.-S. Mescheriakoff, « Ordre intérieur administratif et contrat », *RFDA* 1997.1129. Cependant cette possibilité de voir exister un contrat entre une autorité hiérarchique et les services placés sous sa direction est juridiquement pour le moins ambiguë : v. J. Caillosse et J. Hardy, *Droit et modernisation administrative,* La Documentation française, 2000, p. 76.
3. Titre d'un article de M. Hecquard-Théron, *AJDA* 1993.451 ; v. *infra*, p. 452, *Pour approfondir*.

autoritaire et unilatéral... obligé de négocier », le contrat finit par être perçu comme « la forme naturellement adaptée à la **régulation** » [1].

Dans ce contexte, même en l'absence de contrat, le processus de décision semble lui aussi affecté. D'abord, pour l'élaboration des actes unilatéraux, il y a développement des procédures consultatives : l'Administration s'entoure d'avis qui ressemblent aux négociations préparant un contrat. Ensuite, il y a recherche de procédés moins contraignants que l'acte unilatéral [2]. Ainsi se multiplient les situations ambiguës. Souvent l'on ne sait trop s'il y a acte unilatéral ou texte n'ayant aucune force obligatoire, ou encore — entre les deux — acte ayant une certaine valeur juridique, sans pour autant être considéré comme acte unilatéral.

1. F. Feral, « Contrat public et action publique : au cœur d'une administration régulatrice », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, volume II, p. 527 (dans un ensemble d'articles regroupés sous le titre « Un modèle de régulation juridique »).

2. L'exemple de la Commission nationale de l'informatique et des libertés est à cet égard particulièrement révélateur : alors qu'elle s'était vue reconnaître un certain pouvoir réglementaire, elle a très vite été réputée ne pas en faire un très grand usage, notamment en ce qui concerne la possibilité qu'elle a de prendre des règlements destinés à assurer la sécurité des systèmes informatiques. La matière étant changeante, incertaine, plutôt que de fixer des règles, elle a procédé de façon plus souple et pragmatique en publiant au *JO* des « recommandations », lesquelles visent à informer les intéressés et sont formulées en concertation avec eux. Sans aliéner son pouvoir réglementaire par voie de contrat, ce qu'elle n'aurait pu faire, elle a préféré la persuasion à la rigidité d'une réglementation (M.-J. Guédon, *Les autorités administratives indépendantes*, LGDJ, « Systèmes », 1991, p. 102-103). V. CNIL, 26e rapport d'activité, 2005 (www.cnil.fr), p. 33 : « pourquoi faire des recommandations ? ».

Chapitre 1

L'identification des contrats administratifs

Les contrats de l'Administration sont de deux sortes. Certains sont assimilés à ceux des particuliers, au moins pour l'essentiel. Ils sont soumis au droit privé, au Code civil. Leur contentieux relève du juge judiciaire. D'autres, au contraire, sont régis par des règles qui leur sont propres et qui constituent un important chapitre du droit administratif. Si un litige survient à leur propos, il doit être tranché par les juridictions administratives. Celles-ci, lorsqu'il n'existe pas de textes directement opératoires en l'espèce, peuvent, bien entendu, appliquer des règles empruntées au droit privé ou à la jurisprudence judiciaire, voire même tel ou tel article du Code civil, mais elles ne sont pas tenues de le faire. Souvent, elles cherchent une solution mieux adaptée à l'espèce. Ces contrats (et ceux-là seulement) sont appelés **contrats administratifs.**

Comment les distinguer des autres contrats de l'Administration ?

Parfois un **texte** qualifie expressément le contrat et le problème est alors résolu. Ainsi la *loi du 28 pluviôse an VIII* en attribuant le contentieux au Conseil de Préfecture confère le caractère administratif aux contrats relatifs à l'exécution d'un travail public et aux ventes d'immeubles de l'État. De la même manière, l'article premier d'un *décret-loi du 17 juin 1938* dispose que « sont portés, en premier ressort devant le conseil de préfecture [1], sauf recours au Conseil d'État, les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, passés par l'État, les départements, les communes, les établissements publics ou leurs concessionnaires ». Plus concis, mais tout aussi clairs, apparaissent l'article 2 de la *loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (« Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ») et l'article 1er de l'*ordonnance du 14 juin 2004 sur les contrats de partenariat* (« Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs ») [2].

---

1. Devenu, depuis 1953, le tribunal administratif (V. *supra*, dossier 2, chapitre 1).
2. Destiné à faire échec à une jurisprudence contraire — jurisprudence selon laquelle la soumission d'un contrat au Code des marchés publics n'implique pas nécessairement son caractère administratif (TC 5 juill. 1999, *Commune de Sauve*, *AJDA* 1999.554, et *RFDA* 1999.1163, concl. R. Schwartz), l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 n'a pas, loin s'en faut, fait l'unanimité. V. F. Moderne, « Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA* 2001.707 : « ...la conversion sans nuance en contrats administratifs des marchés publics, quels que soient leur importance, leur objet ou leurs clauses, si elle est présentée comme une mesure de simplification, de rationalisation et de modernisation du droit positif des contrats publics, pourrait fort bien en compromettre l'intelligibilité et l'efficacité ». Pour un exemple de loi ayant qualifié certains contrats non plus d'administratifs mais de droit privé, v. *supra*, p. 348, à propos des « emplois-jeunes ».

À défaut de texte, c'est finalement au **juge** qu'il revient en cas de litige de déterminer la nature du contrat en cause. Pour cela, il utilise différents critères (Section 1).

Une autre question se pose à propos de l'ensemble que forment les contrats ainsi qualifiés d'administratifs. **Quelles en sont les principales catégories ?** En effet, à côté de contrats innommés [1] échappant à toute classification, beaucoup de contrats administratifs relèvent de catégories qui se voient appliquer des règles spécifiques. Certaines sont plus précisément définies par des textes (Section 2).

Section 1
Les critères du contrat administratif

Le juge prend en compte, d'une part, *la qualité des cocontractants* (§ 1) **et,** d'autre part, *l'objet du contrat* (§ 2) **ou** *ses clauses ou son régime* (§ 3). À un critère organique, s'ajoutent ainsi des critères matériels qui apparaissent alternatifs.

§ 1. LES COCONTRACTANTS

Même si cela ne suffit pas, pour qu'il y ait contrat administratif, **au moins l'une des parties doit en principe être une personne publique** (A). Le cas des contrats entre personnes publiques est particulier (B).

A. Le principe et les exceptions

Traditionnellement, un contrat entre personnes privées ne peut être administratif que si l'une des parties agit comme mandataire d'une personne publique [2]. Ce n'est pas là à proprement parler une exception au principe du caractère non administratif des contrats entre personnes privées : s'il y a *mandat explicite au sens civiliste du terme,* c'est la personne publique représentée qui est véritablement partie au contrat.

Certaines jurisprudences, au contraire, même si leur portée prête à discussion, font véritablement exception. Elles conduisent à s'interroger sur le principe lui-même et à souhaiter une évolution.

I. Les jurisprudences actuelles

Un premier exemple est donné par l'**arrêt *Société Entreprise Peyrot*** [3]. Dans cette affaire, une société d'économie mixte, la société de l'autoroute Estérel-Côte-d'Azur, est concessionnaire de la construction et de l'exploitation d'une autoroute dans des conditions déterminées par une loi du 18 avril 1955. Elle passe un marché avec la société Entreprise Peyrot pour la construction de cette voie de communication. Les deux sociétés sont des

---

1. Cette expression vient du *droit romain*. Elle est utilisée en droit civil pour désigner les contrats qui ne figurent pas « au nombre des variétés prévues et réglementées par la loi ».
2. Par exemple, CE 2 juin 1961, *Leduc*, *R.* 365 ; *AJDA* 1961.345, concl. G. Braibant.
3. TC 8 juill. 1963, *Société Entreprise Peyrot c/Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, *R.* 787 ; *RDP* 1964.776, concl. C. Lasry.

personnes morales de droit privé. Pourtant le Tribunal des conflits estime que le contrat qui les lie est un *contrat administratif* et qu'il constitue un marché de travaux publics. Il a motivé ainsi sa décision :

– « la *construction des routes nationales* a le caractère de travaux publics et appartient **par nature à l'État** » ;

– les marchés passés avec des entrepreneurs privés par l'État, maître de l'ouvrage, pour cette construction sont donc des contrats administratifs, c'est-à-dire des contrats soumis aux règles du droit public ;

– il doit en être de même pour les marchés passés pour la construction d'autoroutes « sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la construction est assurée de manière normale directement par l'État ou, à titre exceptionnel, par un concessionnaire agissant en pareil cas **pour le compte de l'État,** que ce concessionnaire soit une personne morale de droit public ou une société d'économie mixte, nonobstant la qualité de personne morale de droit privé d'une telle société ».

Certes, la rédaction de l'arrêt du Tribunal des conflits, d'une extrême prudence, n'est pas exempte d'ambiguïté. Ce qui importe, est-ce le fait que les travaux appartiennent par nature à l'État ou le fait que la société agisse pour le compte de cet État ? Il n'en reste pas moins qu'un contrat entre deux personnes privées est bien qualifié de contrat administratif. Cette jurisprudence a été étendue en dehors de la *construction des routes nationales et autoroutes :* elle a notamment été appliquée à la *construction du tunnel routier sous le Mont-Blanc* [1].

Peut être également cité l'**arrêt *Dame Culard*** [2]. Il concerne le Crédit foncier de France, société commerciale de droit privé, qui, en 1958, s'engage envers l'État à passer avec des citoyens français, propriétaires d'immeubles en Tunisie, des contrats de prêt destinés à faciliter leur réinstallation en France. Un litige survient à l'occasion de l'une de ces opérations. Le Conseil d'État affirme sa compétence, contrairement au tribunal administratif qui avait été saisi en première instance, en s'appuyant sur les arguments suivants :

– les prêts sont consentis **pour le compte de l'État** sur avis favorable d'une commission présidée par l'ambassadeur de France à Tunis ;

– les contrats ainsi passés entre deux personnes privées, le Crédit foncier de France et l'emprunteur, ont pour objet l'exécution du service public d'aide aux Français rapatriés de Tunisie.

Il s'ensuit qu'un contrat entre deux personnes privées *peut* être administratif si l'une d'elles agit pour le compte d'une personne publique [3]. Cela n'est pas sans rappeler les

---

1. CE 24 avr. 1968, *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, *R.* 256 (solution implicite).
2. CE 18 juin 1976, *Dame Culard*, *R.* 320 ; *AJDA* 1976.579, note M. Durupty. V. aussi, concernant l'établissement de voies publiques dans une zone à urbaniser en priorité, CE 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *R.* 326 ; concernant l'installation d'un réseau d'assainissement et de distribution d'eau potable, TC 7 juill. 1975, *Commune d'Agde*, *R.* 798 ; et à propos de la construction de centrales nucléaires, TC 10 mai 1993, *Société Wanner Isofi Isolation*, *R.* 399, note F. Luchaire, *RDP* 1996.1171.
3. Il peut être :
– il l'est toujours, en matière de travaux publics, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII ;
– il l'est, en dehors des travaux publics, s'il y a aussi l'un ou l'autre des critères dits alternatifs (c'est pourquoi l'arrêt *Culard* précise que le contrat a pour objet l'exécution d'un service public).

solutions traditionnelles relatives au mandat. Malgré tout, l'on peut admettre que la jurisprudence repose sur une idée « de représentation et de **mandat administratif,** qui est plus souple que celle de mandat civil » [1]. Il est fait appel à l'objet de la convention ainsi qu'aux conditions de sa réalisation. La méthode est celle du faisceau d'indices [2].

II. Une évolution souhaitable ?

Il est parfaitement admis qu'un acte administratif unilatéral peut avoir pour auteur une personne privée. Un contrat ne pourrait-il pas être administratif alors même qu'il est passé entre deux ou plusieurs personnes privées ?

L'on ne s'explique guère la jurisprudence [3]. La seule raison qui pourrait justifier la différence de régime juridique entre l'acte unilatéral et le contrat réside dans la vieille idée, jamais bien assurée et actuellement abandonnée, d'après laquelle le recours au contrat inclinerait à l'application du droit privé tandis que l'utilisation de l'acte unilatéral s'harmoniserait mieux avec la mise en œuvre du droit public.

Le débat est ancien. Il est illustré, en particulier, en des termes toujours actuels, par le *contentieux lié à la politique d'aide à l'agriculture*.

En 1968, le Tribunal des conflits avait eu à connaître d'un litige relatif à l'aide accordée à une entreprise privée, la société « Distilleries bretonnes », par le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (le FORMA) [4]. Il avait précisé que celui-ci, s'il est dénommé établissement public à caractère industriel et commercial par le décret qui l'a créé, est, en réalité, un établissement public administratif : il a, en effet, pour mission « de préparer les décisions gouvernementales relatives aux interventions de l'État sur les marchés agricoles » et de les exécuter « sans poursuivre aucune action propre » [5]. Le juge en avait conclu que les contrats passés par cette personne publique avec des exportateurs bénéficiant d'une subvention allouée sur des ressources provenant de l'État sont des contrats administratifs *stricto sensu* [6]. Quelle position allait-il adopter dans une hypothèse

---

1. Concl. B. Genevois, sur TC 12 nov. 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, *AJDA* 1985.156. V. aussi, M. Canado, *Le mandat administratif*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 216, 2001.

2. Au regard des arrêts *Culard*, *Société d'équipement de la région montpelliéraine ou Commune d'Agde*, l'arrêt *Peyrot* se prête à deux interprétations :
– soit l'on considère que le contrat est administratif parce que sont en cause des travaux autoroutiers appartenant *par nature* à l'État (*GAJA*, n° 84) ;
– soit l'on admet que ce qui fonde la compétence administrative, c'est déjà le fait que le concessionnaire agit *pour le compte de* l'État (R. Chapus, *DA* n° 740). La première de ces interprétations (qui est probablement la plus conforme à la logique de l'arrêt) conduit à distinguer, depuis 1963, deux sortes de jurisprudences, contrairement à la seconde qui n'en retient qu'une (et qui a le mérite d'être plus simple et sans doute plus satisfaisante).

3. V. R. Chapus, *DA* n° 739 : après avoir rappelé le principe du caractère non administratif des contrats conclus entre personnes privées, il ajoute : « Il est difficile de savoir et de comprendre pourquoi. Mais la jurisprudence est certaine, insensible aux objections et abondamment illustrée ». (Pour un exposé de quelques « justifications » : L. Richer, *Droit des contrats administratifs,* LGDJ, manuel, 5e éd., 2006).

4. Le FORMA a été supprimé en 1986.

5. Le juge n'aurait pas pu modifier une qualification *législative*. Si une *loi* avait fait du FORMA un établissement public à caractère industriel et commercial, les contrats de cette personne publique de droit privé avec ses usagers eussent été des contrats de droit privé.

6. TC 24 juin 1968, *Société « Distilleries bretonnes »*, *AJDA* 1969.311.

voisine où l'intervention administrative est semblable mais où intervient, à la place du FORMA, une entreprise privée ? La question a été posée lors d'un litige opposant un négociant en produits laitiers, la SAPIEM, et un organisme d'intervention, la société Interlait, personne privée habilitée à passer pour le compte de l'État toute la gamme des contrats (importation, exportation, stockage, etc.) par lesquels la puissance publique intervient sur le marché des produits laitiers. Le tribunal de commerce puis la cour d'appel avaient estimé que les juridictions judiciaires étaient compétentes mais le conflit fut élevé, l'autorité administrative se fondant essentiellement sur l'analogie avec l'affaire *Distilleries bretonnes*. En l'espèce, aucune personne publique n'était en cause et le Tribunal des conflits a donné raison aux juges de première instance et d'appel : Interlait se livre librement à des opérations commerciales et les différends relatifs à cette activité qui l'opposent à ses fournisseurs et à ses clients ressortissent à la compétence des tribunaux judiciaires [1]. En statuant ainsi, le Tribunal des conflits refusait de suivre les conclusions de son Commissaire du gouvernement. Celui-ci avait pourtant perçu et exprimé l'essentiel, notamment dans ces quelques phrases : « Sans qu'il soit nécessaire de retracer dans le détail une évolution que nul, au reste, ne peut ignorer, il est permis de dire que, depuis un quart de siècle, l'effort le plus intéressant de la jurisprudence du Conseil d'État, consacrée et même, à l'occasion, devancée par celle du Tribunal des conflits, tend à dissocier, dans l'analyse des rapports de droit, le régime applicable à ces rapports eux-mêmes de la qualité des personnes qui les entretiennent ; en d'autres termes, il n'y a plus, en général, de correspondance automatique entre la nature, publique et privée, d'un acte juridique et la qualité de personne publique ou de personne privée de son auteur. **La logique rejoint le besoin de simplicité pour justifier le rejet total du critère organique** ».

Cette doctrine claire et forte ne s'est pas imposée : les contrats entre personnes privées sont des contrats de droit privé même s'ils répondent à toutes les autres caractéristiques des contrats administratifs et, en dehors d'un mandat implicite, seule une loi pourrait faire échec à ce qui apparaît, de ce fait, comme un principe général du droit.

B. Le cas des contrats entre personnes publiques [2]

S'agissant des contrats entre personnes publiques, le Tribunal des conflits a consacré une solution composite par une décision de 1983 [3].

Était en cause une convention entre le Centre national pour l'exploitation des océans (CNEXO) [4] et l'État, par l'intermédiaire du ministère des Postes et Télécommunications

---

1. TC 3 mars 1969, *Préfet de Paris c/Cour d'appel de Paris (Société interprofessionnelle du lait et de ses dérivés « Interlait » c/Société de participation dans l'industrie alimentaire « Sapiem »)*, *AJDA* 1969.307, concl. J. Kahn, note A. de Laubadère.
2. J.-Cl. Douence, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 113 ; F. Moderne, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA* 1984.1 ; J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques,* L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1997 ; N. Poulet-Gibot Leclerc, « La contractualisation des relations entre personnes publiques », *RFDA* 1999.551. Et *infra*, *Pour approfondir*.
3. TC 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres c/Secrétaire d'État aux P et T*, *AJDA* 1983.356, concl. D. Labetoulle.
4. Devenu l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (IFREMER) par suite de sa fusion avec l'Institut scientifique et technique des pêches maritimes (décret du 5 juin 1984, *JO* 8 juin 1984).

(direction des câbles sous-marins) en vue de la gestion d'un navire océanographique, le Jean Charcot. S'agissait-il d'un contrat administratif ou d'un contrat de droit privé ? La réponse du Commissaire du gouvernement est complexe. Il énonce d'abord une *présomption* : « Un contrat entre deux personnes publiques doit être présumé administratif car il est normalement à la rencontre de deux gestions publiques. » Mais il ajoute immédiatement que cette présomption *n'a rien d'irréfragable :* elle ne s'applique pas « dans les cas où les rapports qu'il fait naître entre les cocontractants sont des rapports de droit privé » (gestion du domaine privé, relations entre établissements publics à caractère industriel et commercial, rapports de ceux-ci avec leurs personnels ou avec leurs usagers). Le Tribunal des conflits a suivi ce raisonnement. Il a affirmé un principe et rappelé ses limites en ces termes : **« Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif,** impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, **sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé »** [1]. Sont de droit privé, par exemple, les contrats passés entre une collectivité territoriale et un établissement public si la première est un usager du service public industriel et commercial confié au second (tels étaient les contrats d'abonnement à l'électricité et au gaz liant une commune à EDF et GDF – avant même que ceux-ci ne deviennent des personnes privées).

§ 2. L'OBJET DU CONTRAT

L'objet du contrat est l'opération qu'il permet de réaliser (des travaux, une vente, une location, une embauche, etc.). Afin de déterminer le caractère administratif du contrat, le juge utilise ici un critère fondé sur la *notion de service public*. Apparu dès le début du XXe siècle, ce critère a connu un certain déclin avant de revenir avec force dans les années cinquante. Son application révèle *trois cas de figure*.

A. L'exécution même du service public est confiée à l'un des contractants

Cette hypothèse est illustrée par l'*arrêt Époux Bertin* [2]. Il s'agissait en l'espèce d'assurer l'hébergement de ressortissants soviétiques qui se trouvaient sur le territoire français au moment de la libération du territoire en 1944. Les époux Bertin avaient accepté cette mission par un contrat verbal passé avec l'administration. Un litige avait surgi quant au paiement d'un supplément de nourriture. Le Conseil d'État estime qu'il est compétent parce que « ledit contrat a eu pour objet de confier, à cet égard, aux intéressés l'**exécution même du service public** alors chargé d'assurer le rapatriement des réfugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français » : cette « circonstance suffit, à elle seule, à imprimer au contrat dont il s'agit le caractère d'un contrat administratif ».

---

1. Tel n'était pas le cas, en l'espèce : le contrat « eu égard à son objet, a fait naître entre les parties des rapports qui ne relèvent pas du seul droit privé et revêt dès lors un caractère administratif ».
2. CE 20 avr. 1956, *Époux Bertin*, *R.* 167, *RDP* 1956.869, concl. M. Long, note M. Waline, *D.* 1956.433, note A. de Laubadère, *GAJA* n° 74.

Les termes employés par le juge administratif appellent au moins quatre séries d'observations.

a) Si le contrat confie à l'un de ses auteurs l'exécution même d'un service public, cela suffit pour que le contrat soit un contrat administratif ; aucune condition complémentaire n'est requise.

b) Un tel contrat (bien que verbal dans l'affaire *Bertin*) ressemble à une *concession* de service public. Il est même possible de le considérer comme une forme de concession et d'écrire, avec le professeur Chapus, que « le contrat réalisant la concession d'un service public est un contrat administratif, quelles que soient ses clauses et quel que soit le caractère, industriel, commercial ou administratif, du service public objet de la concession » [1].

c) La notion d'*exécution même du service public* est éclairée par les faits qui ont donné lieu à l'arrêt *Époux Bertin*. L'administration qui avait créé un centre d'hébergement pour les ressortissants soviétiques aurait pu en conserver la responsabilité directe, recruter des personnels pour le faire fonctionner, acheter des denrées, etc. Elle aurait alors passé des contrats qui, en principe tout au moins, auraient été des contrats de droit privé. Au lieu de cela, elle confie aux époux Bertin l'ensemble de ces tâches et, en particulier, la mission essentielle de direction du centre, par un contrat qui est alors un contrat administratif.

d) Cette distinction entre l'exécution même du service public et la participation au fonctionnement de celui-ci apparaît notamment dans un arrêt de 1967. Par un contrat, l'État consent à une société immobilière un prêt sans intérêt en contrepartie de l'engagement pris par cette société de réserver, dans les immeubles qu'elle construisait, des logements destinés à être loués à des agents de l'État. Cette opération est considérée comme tendant à mieux assurer le fonctionnement des services publics par les facilités ainsi créées mais elle ne porte pas sur l'exécution même de l'un de ceux-ci. Par conséquent, le contrat est un contrat de droit privé (en l'absence d'autres caractéristiques qui auraient pu jouer et lui conférer le caractère administratif) [2].

Il faut souligner que la catégorie des contrats ayant pour objet de confier à un co-contractant l'exécution d'un service public a connu un très important développement au cours de la deuxième moitié du XXe siècle. Qu'il s'agisse de la concession ou d'autres formules, ces contrats constituent des **délégations de service public** [3].

B. Le contrat constitue l'une des modalités de l'exécution même du service public

Cette hypothèse correspond à l'*arrêt consorts Grimouard* rendu par le Conseil d'État le même jour que l'arrêt *Époux Bertin*. Une loi de 1946 a créé un service public de la conservation, du développement, de la mise en valeur et de l'exploitation de la forêt. « L'**une des modalités de l'exécution même** de ce service » réside dans les opérations de boisement ou de reboisement entreprises par l'administration des Eaux et forêts sur des

---

1. R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968.264, note 45.
2. CE 24 févr. 1967, *Sieur Gauthier*, *R.* 92 ; CE 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand Frères*, *R.* 202.
3. V. p. 434 et 539.

terrains privés en vertu de contrats passés par elle avec les propriétaires concernés. Dès lors, « malgré la circonstance que les terrains où s'effectuent ces opérations ne sont pas destinés à devenir la propriété de l'État et que les dépenses engagées par lui sont récupérées sur le produit de l'exploitation, lesdites opérations ont le caractère de travaux publics ». Les contrats en cause tiennent de leur objet même le caractère administratif [1].

La différence des faits est radicale avec le cas précédent : contrairement à la convention conclue avec les époux Bertin, ces contrats ne confient nullement à une personne privée l'exécution d'une mission d'intérêt général ; c'est l'État qui offre ses services d'entrepreneur à ses partenaires. Pourtant la solution juridique est la même. Elle a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence postérieure, par exemple, par *l'arrêt Société la Maison des Isolants de France*. Dans cette affaire, le Conseil d'État a décidé que l'activité d'une collectivité tendant à favoriser son développement par une opération de « décentralisation industrielle » est un service public ; par voie de conséquence, est administratif le contrat ayant pour objet le transfert des activités d'une société industrielle et commerciale sur le territoire d'une commune qui vend à l'entreprise, dans des conditions particulièrement favorables, des terrains et des installations, qui paie les frais de transport des matériels et qui exonère son contractant de la patente pendant cinq ans [2]. La personne publique prend à sa charge l'exécution même du service public et le contrat qui constitue l'une des modalités de cette exécution est administratif.

C. Le contrat fait travailler une personne physique pour le compte d'un service public administratif

Depuis un important revirement de jurisprudence, en 1996, peu importe qu'il y ait ou non participation directe à l'exécution même du service public : « les **personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif** sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi » [3].

§ 3. Les clauses ou le régime du contrat

Même si un contrat n'a pas pour objet l'exécution même du service public, le juge peut le qualifier de contrat administratif. Pour cela, il faut que les rapports des contractants soient dérogatoires au droit privé, ce qui peut résulter soit des **clauses** du contrat, soit de son **régime.** Deux autres critères du contrat administratif correspondent à ce principe : les *clauses exorbitantes du droit commun* et *le régime exorbitant du droit commun* [4].

---

1. CE 20 avr. 1956, *Ministre de l'Agriculture c/Consorts Grimouard*, *R.* 167, *GAJA* n° 74.
2. CE 26 juin 1974, *Société La Maison des Isolants de France*, *R.* 365, *RDP* 1974.1487, note J.-M. Auby.
3. TC 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, préfet du Rhône et autres c/Conseil des prud'hommes de Lyon* (affaire *M. Berkani*) *AJDA* 1996.399 ; chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 355 ; et *RFDA* 1996.819, concl. Ph. Martin ; v., sur cette jurisprudence, *supra*, dossier 7, p. 347.
4. Ces expressions sont consacrées par l'usage. Elles n'en sont pas moins critiquables car dans le système juridique français, le droit privé n'est pas un droit commun puisque le juge administratif n'est pas tenu de l'appliquer en cas de lacune des textes directement applicables à l'administration (V. dossier 1, La présentation du dualisme juridique).

A. Les clauses exorbitantes du droit commun

La ville de Lille avait conclu un marché de fournitures de pavés avec la *Société des granits porphyroïdes des Vosges*. À la suite d'un retard dans les livraisons, l'Administration prononça des sanctions qui furent contestées par son fournisseur. Le Conseil d'État, saisi de cette affaire, se déclara incompétent car le marché qui a « pour objet unique des fournitures à livrer *selon les règles et conditions* [1] *des contrats intervenus entre particuliers* » ne saurait être considéré comme un contrat administratif [2]. Bien entendu, comme le soulignent les conclusions du Commissaire du gouvernement, cet arrêt signifie *a contrario* que la solution eût été inverse en présence de clauses exorbitantes du droit commun. Cette jurisprudence est illustrée par de nombreuses décisions de justice, soit implicitement, soit explicitement : le juge affirme alors que la convention « comporte plusieurs **clauses exorbitantes du droit commun** » qui « confèrent au contrat dans son ensemble le caractère d'un contrat administratif soumis aux règles du droit public » [3]. Il n'est fait exception qu'en cas de contrat passé par un service public industriel et commercial avec un usager : ce contrat est de droit privé même s'il renferme des clauses exorbitantes [4].

Le problème est donc de savoir ce que sont ces clauses. Dès lors qu'elles sont dites « exorbitantes du droit commun », le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser, très logiquement, qu'il s'agit de clauses « ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales [5]. Le Tribunal des conflits, quant à lui, a pu relever qu'il y a, pour les contractants, une situation qui n'est « pas de celle qui, normalement, serait résultée d'un accord conclu conformément au droit commun » [6]. Autant dire que la question reste ouverte. Sans doute ces clauses expriment-elles en général la présence ou les exigences de l'*intérêt général* dans la convention : elles ont été insérées dans celle-ci « en fonction de préoccupations d'intérêt public qui sont étrangères aux personnes de droit privé lorsque celles-ci contractent entre elles » [7]. Ainsi le Conseil d'État décide que le contrat passé entre la ville de Paris et la « Société du vélodrome du parc des Princes », ayant pour objet la location de cet édifice en vue d'y organiser des spectacles, présente un caractère administratif parce qu'il comporte des clauses qui attribuent à l'Administration trois sortes de prérogatives : le droit de résilier unilatéralement le contrat après simple mise en demeure, le droit de contrôler les résultats financiers de l'exploitation, le droit de s'opposer à tout spectacle différent de ceux qu'énumère la convention. L'ensemble de ces stipulations donne certainement à l'Administration un pouvoir qui excède celui qu'un

---

1. Cette expression n'a pas été suffisamment remarquée. Elle introduit, dès 1912, la distinction entre les clauses du contrat (éventuellement exorbitantes du droit commun) et son régime (qui peut aussi déroger au droit privé) : les règles renvoient à ce régime alors que les conditions concernent les clauses proprement dites.
2. CE 31 juill. 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *R.* 909, concl. L. Blum, *RDP* 1914.145, note G. Jèze.
3. CE 30 janv. 1980, *Ville de Paris*, *R.* 53.
4. CE 13 oct. 1961, *Établissements Campanon-Rey*, *AJDA* 1962.98, concl. Heumann, note A. de Laubadère.
5. CE 20 oct. 1950, *Stein*, *R.* 505.
6. TC 19 juin 1952, *Soc. des combustibles*, *R.* 628.
7. M. Waline, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 394, et la jurisprudence citée, notamment TC 20 avr. 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages*, *R.* 866.

propriétaire aurait à l'égard de son locataire dans une opération semblable, et surtout il « dénote des préoccupations de bon ordre, de tranquillité publique et peut-être de moralité publique qui sont spécifiques de l'administration publique » [1].

La qualification dépend presque toujours d'un ensemble ou d'un faisceau de stipulations et non d'une seule clause sauf lorsqu'elle renvoie, en réalité, à un ensemble complexe comme un cahier des charges. Encore faut-il que celui-ci comporte effectivement une clause exorbitante [2]. Et il reste que cette notion se dérobe à toute analyse rigoureuse. Certains juristes ont essayé d'en donner une définition mais ils ont été conduits eux-mêmes à dresser un constat d'échec [3]. La clause exorbitante du droit commun serait-elle une clause impossible, illicite ou inusuelle, dans un contrat de droit privé ? Impossible comme la stipulation qui prévoit le recouvrement des créances par voie d'état exécutoire ? D'une part, il est difficile d'en trouver des exemples significatifs ; d'autre part, tout contrat de l'Administration comprend, d'une certaine façon, des clauses de ce type : celles qui visent l'intervention d'autorités administratives signataires du contrat ou chargées de l'exécuter dont on imagine mal la présence dans une opération contractuelle qui se déroulerait entre des particuliers ; enfin, une impossibilité fortuite ne saurait suffire à exclure un contrat de l'emprise du droit privé. Illicite ? La liberté contractuelle est si large entre les particuliers qu'il est difficile de concrétiser cette hypothèse d'autant plus qu'une stipulation contraire à l'ordre public en droit privé le serait également en droit administratif : par exemple, il en serait ainsi de l'engagement de renoncer à toute action en justice. Inusuelle ? Il est inadmissible de confondre la règle statistique et la règle juridique : ce n'est pas parce qu'une disposition est rarement prévue dans les contrats entre particuliers que sa présence dans un contrat de l'Administration entraîne la soumission de celui-ci au droit public.

B. Le régime exorbitant du droit commun

Cette expression a été employée pour la première fois par le Conseil d'État en 1973 à l'occasion d'un refus de contracter et alors que, par conséquent, il n'était pas question de s'appuyer sur les clauses du contrat. Un décret de 1955 obligeait *Électricité de France* (EDF) à acheter, sur la base de tarifs prévus dans un cahier des charges, l'énergie électrique produite par des producteurs autonomes qui n'ont pas été touchés par la nationalisation de 1945 ou qui ont été autorisés ultérieurement à mettre en œuvre de nouvelles installations. Se trouvait dans cette situation la Société d'exploitation électrique

---

1. Note M. Waline sous CE 26 juin 1965, *Société du vélodrome du parc des Princes*, *RDP* 1965.1185.
2. Longtemps, la seule référence à un cahier des charges a suffit à donner au contrat un caractère administratif. Tel n'est le cas aujourd'hui que s'il y a dans ce cahier des clauses exorbitantes (CE 2 oct. 1981, *Commune de Borce*, *R.* 654). Sur ce principe d'une référence « opérante » à un cahier des charges, le Tribunal des conflits se prononce clairement : un marché est un contrat administratif s'il « se réfère à un cahier des charges qui lui-même comprend une clause exorbitante du droit commun » (notamment celle qui attribue un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat à la personne publique contractante). TC 5 juill. 1999, *UGAP*, *AJDA* 1999.626. « Cette évolution, remarque L. Richer (*Droit des contrats administratifs*, 4e éd., n° 112) peut s'expliquer par une prise de conscience de la fréquence de la référence à des documents types en droit privé » — « [...] le droit privé lui-même évolue et peut faire couramment place aujourd'hui à des techniques jadis ignorées ou exceptionnelles » (*ibid.*).
3. G. Vedel, « Remarques sur la notion de clause exorbitante », *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, p. 527 ; J. Lamarque, « Le déclin de la clause exorbitante », *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, p. 497. Et, récemment encore : M. E. André et J. Raynard, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. I, p. 783.

de la rivière du Sant. En se fondant sur un arrêté de 1968, EDF refusa pourtant de contracter avec cette entreprise sur la base du décret de 1955, en lui faisant toutefois d'autres offres, beaucoup moins avantageuses. Le tribunal administratif de Toulouse saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre cette décision estima qu'il était incompétent [1] mais le Conseil d'État annula ce jugement et déclara que « les contrats passés par Électricité de France en application de l'article 1er du décret du 20 mai 1955 sont soumis à un **régime exorbitant du droit commun** et présentent le caractère de contrats administratifs dont le contentieux relève du juge administratif ». En d'autres termes, ce sont les traits particuliers du *cadre législatif et réglementaire* dans lequel s'insèrent ces contrats qui sont retenus pour les qualifier : *caractère obligatoire* de l'achat par EDF, *intervention du ministre* chargé de l'énergie électrique en cas de désaccord entre EDF et ses fournisseurs éventuels [2].

Par cet arrêt, le Conseil d'État se donne la possibilité d'élargir le champ d'application du droit administratif en matière contractuelle. Il confirme aussi la logique générale de sa jurisprudence : il s'agit toujours de trouver des éléments relatifs aux contrats en cause qui sont suffisamment significatifs pour que ces actes relèvent du droit administratif, ce qui implique la compétence du juge administratif lorsque surgissent des litiges.

Section 2
Les principales catégories de contrats administratifs

Les interventions du législateur s'étant multipliées depuis le début des années 1990, « sans qu'il semble jamais se soucier de la cohérence d'ensemble de la matière » [3], les catégories de contrats administratifs se sont elles aussi multipliées dans le plus grand désordre.

Parmi tous les contrats administratifs, les *marchés publics* et les *conventions de délégation de service public* occupent néanmoins une place essentielle [4]. Les premiers sont définis par le Code des marchés publics [5]. Les secondes l'ont été par l'article 3 de la loi

---

1. Considérant que la Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant devait être considérée comme un *usager* du service public industriel et commercial dont est chargé EDF.

2. CE 19 janv. 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *R.* 48, *CJEG* 1973.329, concl. M. Rougevin-Baville. V. aussi, également à propos d'un litige opposant des producteurs autonomes d'électricité à EDF et dans les mêmes termes : Cass. 29 sept. 2004, note P.-A. Jeanneney et L. Ayache, *AJDA* 2005.1348 (EDF était toujours un établissement public et n'avait pas encore été transformé en société anonyme ; désormais, pour qu'il y ait contrat administratif, ferait défaut le critère organique).

3. H.-G. Hubrecht et F. Melleray, « L'évolution des catégories notionnelles de la commande publique. Retour sur les contrats de service public », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. I, p. 809,

4. S'y ajoutent notamment divers *« contrats globaux »* (V. P. Delvolvé, *RFDA* 2004.1079), dont les **contrats de partenariat** de l'ordonnance du 17 juin 2004 (*supra*, p. 412). En matière d'urbanisme, depuis la loi du 20 juillet 2005 qui leur est relative, ce sont les *concessions d'aménagement* qui suscitent aujourd'hui tout particulièrement des interrogations – v. *AJDA* 2006.926, E. Fatôme et L. Richer.

5. V. Décret du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics et circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics (*JO* 8 janv. 2004). Ce Code a succédé, trois ans après seulement, à celui qui avait été adopté par un décret du 7 mars 2001 et réalisait une réforme profonde de l'achat public. Décret du 1er août 2006 portant Code des marchés publics (*JO* 4 août 2006, avec la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du Code des marchés publics). Ce décret remplace

du 11 décembre 2001 [1]. Entre les deux, toutefois, la frontière n'est pas toujours des plus claires et la jurisprudence elle aussi est complexe.

Aux termes de l'article 1er du Code, dans ses versions 2001et 2004, les **marchés publics** sont les « contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » [2]. Une personne publique « achète » tout ce dont elle a besoin. Son prestataire, s'il peut évidemment être une personne privée, peut être aussi une autre personne publique. Le contrat est conclu « à titre onéreux » : dans la majorité des cas, les prestations donnent lieu au *paiement d'un prix*. Ce qui distingue le marché public de la convention de délégation de service public. Dans la version 2006, il en va de même, à cette différence près que s'impose le vocabulaire communautaire : les marchés publics sont conclus avec des « *opérateurs économiques publics ou privés* » par les « *pouvoirs adjudicateurs* définis à l'article 2 » [3].

Selon l'article 3 de la loi du 11 décembre 2001, « une **délégation de service public** est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la *rémunération* est *substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service* ». Le délégataire, est-il souligné, « peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Cet article vient compléter la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (CGCT, article L. 1411-1), laquelle avait consacré la notion même de convention de délégation de service public, sans la définir. En l'absence de définition légale, que fallait-il entendre par « convention de délégation de service public » ? Il a été facilement admis qu'étaient principalement visés par la loi de 1993 des contrats divers existant depuis fort longtemps, tels la *concession* et l'*affermage* dont l'objet est précisément de confier au cocontractant l'exploitation d'un service public. Dans la concession, le partenaire de l'Administration est rémunéré par les usagers (péage versé pour franchir un pont ou ticket acheté pour utiliser les transports en commun, par exemple...). Il en va de même en cas d'affermage. Seulement, le « fermier » n'a pas normalement à supporter les investissements initiaux.

---

le décret du 7 janvier 2004, lequel remplaçait lui-même le décret du 7 mars 2001 (avait alors été réalisée une profonde réforme de la codification précédemment intervenue en 1964) (Dossier *AJDA* 2006.1754).

1. Loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (*JO* 12 déc. 2001) ; comm. J.-D. Dreyfus, *AJDA* 2202.38.

2. Sont « mentionnées » à l'article 2 : « 1° l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ». Il en résulte que le Code ne s'applique pas à toutes les personnes publiques. Sont notamment exclus les EPIC nationaux. En revanche, il faut souligner qu'il s'applique aux collectivités territoriales. Or, le Code étant édicté par décret, cela conduit à s'interroger sur la compétence du pouvoir réglementaire au regard des dispositions de l'article 34 de la Constitution donnant compétence au législateur en matière de libre administration des collectivités. Amené à se prononcer sur cette question, à propos du Code de 2001, le Conseil d'État a admis (contrairement aux conclusions du commissaire du gouvernement D. Piveteau) la compétence réglementaire en se fondant sur un décret-loi de 1938 : CE 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, *AJDA* 2003.718, chron. F. Donnat et D. Casas.

3. Sont aussi prévus des *accords-cadres* qui sont des contrats « ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ». V., par exemple, F. Linditch, « Code des marchés 2006 : les dix mesures à prendre », *JCP A* 2006.1001.

Néanmoins, en dehors de ces cas, la pratique a vite révélé beaucoup d'incertitude. Certains contrats ont un objet qui conduit à les rapprocher des délégations de service public (exploitation d'un service) mais un mode de rémunération (prix payé par la collectivité publique) qui est celui des marchés publics. Ainsi le Conseil d'État a-t-il eu à connaître d'une affaire concernant un contrat par lequel une commune confiait à une société la collecte et l'évacuation des ordures ménagères ainsi que la gestion de la décharge municipale ; contrat prévoyant que la rémunération du cocontractant serait assurée au moyen d'un prix payé par la commune [1]. **Marché public ou convention de délégation de service public ?** Le juge retient la première solution, considérant que la loi de 1993 ne pouvait être interprétée « comme ayant pour effet de faire échapper aux respect des règles régissant les marchés publics, tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas *substantiellement* assurée par les résultats de l'exploitation » [2]. Que faut-il entendre ici par « substantiellement » ? Le Conseil d'État, tout en confirmant sa jurisprudence, donne une réponse dans un arrêt de 1999 [3] : il considère qu'un contrat relatif à une *régie intéressée* est une délégation de service public (et non un marché) dans la mesure où 30 % des recettes du co-contractant sont liées aux résultats de l'exploitation (l'autre part des recettes étant un prix payé par le syndicat mixte contractant) [4]. « Substantiellement », en quelque sorte, veut dire « suffisamment ». C'est

---

1. CE 15 avr. 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/Commune de Lambesc*, *RFDA* 1996.715, concl. C. Chantepy, note P. Terneyre.

2. Avant cette jurisprudence, pour définir la concession, le critère du mode de rémunération a souvent été contesté au motif que là n'est pas l'essentiel et que seul compte vraiment le fait de confier à une personne, sous sa responsabilité, l'exécution même du service public (V., par exemple, G. Dupuis, « Sur la concession de service public », *D.* 1978, chron. XL, p. 222). L'analyse n'a pas manqué d'être reprise à propos de la jurisprudence nouvelle (N. Synchowicz, « La notion de délégation de service public. Critique des fondements de la jurisprudence » *Préfet des Bouches-du-Rhône*, *AJDA* 1998.195 ; et, plus généralement, J.-B. Auby, « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée du service public », supplément à la *RFDA* n° 3, 1997.3). Se sont ajoutées des interrogations tenant à l'ambiguïté des termes utilisés par le Conseil d'État.

3. CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre-Ouest Seine-et-Marnais (SMITOM)*, *AJDA* 1999.714, concl. C. Bergeal, note J.-M. Peyrical.

4. V. aussi, concluant à l'existence d'un marché public : à propos de ce qu'une commune estimait être un *marché d'entreprise de travaux publics*, CE 8 févr. 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/Commune de la Ciotat*, *AJDA* 1999.364, concl. C. Bergeal, note D. Chabanol ; et sur une *gérance* de service de distribution et d'assainissement de l'eau, CE 7 avr. 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, *AJDA* 1999.517, concl. C. Bergeal. De même, à propos de conventions sur le mobilier urbain : CE 4 nov. 2005, *SociétéJean-Claude Decaux*, *RFDA* 2005.1083, concl. D. Casas (et *AJDA* 2006.1, Tribune S. Braconnier, « Vive le critère de l'objet ! »). La diversité des cas de figure quant à la rémunération ne peut que conduire à s'interroger sur la valeur du pourcentage retenu. Selon le Commissaire du gouvernement (affaire *SMITOM*), pour être substantielles et conduire à qualifier un contrat de délégation de service public, les recettes « ne doivent pas nécessairement être majoritaires, mais elles ne peuvent être insignifiantes » (« Il serait vain de fixer un pourcentage précis »). Ce qui compte, c'est la notion de prise de risque. Il n'y a délégation que si la rémunération du cocontractant est tributaire de sa gestion. Il engage sa responsabilité et cette responsabilité est « nécessairement financière ». Sur les ambiguïtés de cette jurisprudence : J.-Cl. Douence, « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *RFDA* 1999.1134.

cette jurisprudence que consacre la loi du 11 décembre 2001, laissant ouvertes les questions posées à son propos [1].

---

1. V. L. Rapp, « Faut-il vraiment définir l'ensemble des délégations de service public ? », *AJDA* 2001.1011 (« Qu'a-t-on besoin dans ces conditions d'une définition législative ? Il est toujours regrettable de prétendre arrêter une évolution qui n'est pas achevée. On prend alors le risque d'opposer à la revendication d'une plus grande souplesse l'obstacle d'une rigidité inutile »). Sur les délégations de service public, v. le dossier 11, chapitre 2 (les services publics), p. 539.

Chapitre 2

L'autonomie des contrats de l'Administration

Les *contrats administratifs stricto sensu* sont soumis à des règles qui se différencient du droit privé en ce qui concerne la situation juridique des parties, c'est-à-dire leurs droits et obligations réciproques (Section 2). Mais l'*ensemble des contrats de l'Administration* revêt une relative particularité, notamment quant à la procédure de passation des conventions et à la rédaction des documents qui leur donnent forme (Section 1).

Cette particularité des contrats de l'Administration soulève l'importante question de la *liberté contractuelle des personnes publiques.* D'un point de vue général, la liberté contractuelle se décompose en plusieurs éléments : la liberté de contracter ou non, celle de choisir le co-contractant, enfin la possibilité de déterminer librement le contenu du contrat. Les contrats entre personnes privées eux-mêmes, qui sont extrêmement divers, connaissent une liberté contractuelle qui est loin d'être absolue, le législateur ayant posé de nombreuses règles. Quant à la liberté contractuelle des personnes publiques, elle semble fort relative. Certes le Conseil d'État l'a affirmée en tant que « principe », mais elle est néanmoins très encadrée. À l'exigence fondamentale de l'intérêt général, s'ajoutent les règles délimitant les missions et les compétences juridiques des diverses personnes publiques. Et, surtout, les règles encadrant les contrats, particulièrement les procédures de passation, se sont considérablement renforcées en raison du développement du droit de la concurrence. Dès lors, sans être purement formel, le principe de la liberté contractuelle est assorti de limites et d'exceptions, et « la passation d'un contrat « public » n'est pas un long fleuve tranquille » [1].

Section 1
Les règles relatives à la formation des contrats de l'Administration

Le contrat est conclu, au nom d'une personne publique (l'État, une commune, un établissement public, etc.), par une *autorité* dont la compétence est déterminée par les

1. C. Bréchon-Moulènes, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA* 1998.753. Cette étude s'inserre dans un Dossier « Liberté contractuelle des personnes publiques », regroupant de nombreuses analyses, et publié dans cette revue en deux parties en 1998 (n° 9 et n° 10). Concernant l'affirmation du principe de la liberté contractuelle des personnes publiques. V. CE 28 janv. 1998, *Sté Borg-Warner*, *AJDA* 1998.287.

textes en vigueur (§ 1). Le *partenaire* de l'Administration est choisi selon des procédures plus ou moins complexes (§ 2). Enfin, l'accord de volontés s'insère fréquemment dans des *dispositions préétablies* (§ 3).

§ 1. Les sujetions propres à la qualite de personne publique

Outre qu'il doit entrer dans le champ de compétence de la personne publique, et notamment ne pas concerner un domaine dans lequel elle ne peut agir par voie de contrat, le contrat doit être signé par une autorité administrative habilitée.

a) *L'autorité compétente* pour engager l'État est le ministre ou le préfet. Pour la région et pour le département, il s'agit du président de l'assemblée délibérante, conseil régional ou conseil général ; pour la commune, c'est le maire ; pour un établissement public, c'est l'autorité exécutive (président ou directeur).

Les règles déterminant l'agent compétent sont des *règles d'ordre public* [1] : elles ne peuvent pas être écartées par les parties et le juge en relève d'office la violation.

Si le contrat est passé par une autorité incompétente, il est nul mais le cocontractant de bonne foi a droit à une *indemnité.*

b) Dans de nombreux cas, les autorités compétentes pour signer des contrats sont soumises à des conditions. Ainsi, très souvent, et notamment dans le cas des contrats conclus au nom des collectivités locales, une *autorisation préalable* est nécessaire. Par exemple, le conseil municipal doit délibérer et donner son accord au maire avant que celui-ci signe le contrat [2]. Cette autorisation est un **acte détachable** du contrat et elle est, en tant que telle, susceptible d'un recours pour excès de pouvoir [3]. De même, le droit exige parfois, l'*approbation* du contrat avant son entrée en vigueur. Tel était le cas, avant 1982, pour les conventions des collectivités locales [4] et il en est encore ainsi pour les conventions des établissements publics soumis au contrôle de l'autorité de tutelle. Cette approbation est, comme l'autorisation, un acte détachable du contrat. Elle constitue une condition suspensive de la validité du contrat : antérieurement à l'approbation, celui-ci n'est, selon l'expression utilisée par le Conseil d'État, qu'un « projet de convention » [5] ; si elle n'est pas donnée, le contrat ne produit pas d'effets ; si elle est donnée, elle rétroagit au jour de la passation du contrat.

---

1. CE 13 juill. 1961, *Société d'entreprises générales et de travaux publics pour la France et les colonies*, note M. Waline, *RDP* 1962.535.
2. Sur ce que doit être la délibération et les questions qui s'ensuivent : CE 13 oct. 2004, *Commune de Montélimar*, *AJDA* 2004.2107, note J.-D. Dreyfus ; et, suite à une ordonnance du 6 juin 2005 revenant sur cette jurisprudence, F. Linditch, « La jurisprudence Commune de Montélimar est morte, vive la jurisprudence Commune de Montélimar ! », *JCP A* 2005. 1249.
3. CE 4 août 1905, *Martin*, *infra*, p. 624. Depuis la loi du 2 mars 1982, les délibérations des assemblées locales doivent faire l'objet d'une transmission au préfet pour être exécutoires. Il en résulte qu'un contrat signé par un maire avant la transmission de la délibération l'autorisant à le faire est illégal : CE, avis du contentieux, 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, *RFDA* 1997.83, note J.-Cl. Douence.
4. La loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation – qui a institué le déféré préfectoral – a en principe supprimé tout contrôle *a priori* sur les actes des collectivités territoriales.
5. CE 21 juill. 1949, *Société immobilière toulousaine*, *R.* 380.

§ 2. Le choix du cocontractant

Du choix du cocontractant dépend en définitive la bonne exécution de l'opération, c'est-à-dire la gestion satisfaisante des deniers publics dans le respect de l'intérêt général. Pour ce qui est des marchés publics, l'article 1er du code précise qu'il faut respecter « les **principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures** ». Bien qu'énumérés dans un décret, les principes en question n'ont pas seulement une valeur réglementaire. La décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 [1], relative à l'une des lois habilitant le gouvernement à simplifier le droit, considère que le code ne fait que les « rappeler ». Ce sont des principes qui « découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 » et qui donc ont valeur constitutionnelle. Ils s'imposent aux « dispositions relatives à la commande publique » et pas seulement aux marchés publics [2]. Aussi ne peuvent-ils que s'appliquer aux « nouvelles formes de contrats » que la loi a habilité le gouvernement à créer par voie d'ordonnance, tels les contrats de partenariat [3].

Avant qu'il ne soit ainsi fait référence à la Déclaration de 1789, l'évolution du droit s'est faite sous l'effet conjugué du développement du droit communautaire et de la révélation de nombreuses pratiques irrégulières (A). Cette évolution concerne les différentes procédures de passation des contrats (B) et elle s'est accompagnée de l'institution de recours contentieux précontractuels, c'est-à-dire antérieurs à la conclusion du contrat et distincts des contentieux traditionnels (C).

A. La transposition des directives communautaires et la prévention de la corruption

Même si le **traité de Rome** ne traite pas directement des *marchés publics*, le droit communautaire ne peut que tendre à les régir en partie, pour assurer le respect des principes de non-discrimination et de libre circulation. Sont visées les conditions dans lesquelles les contrats sont passés. Il faut faire en sorte qu'il y ait véritablement mise en concurrence : que les ressortissants des autres États membres ne soient pas *a priori* exclus.

Dans cette perspective, sont notamment intervenues, entre 1989 et 1992, diverses **directives** qui ont été transposées par **quatre lois :**

– la loi du 3 janvier 1991, « relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence » ;

---

1. *JO* 3 juill. 2003.
2. En tant qu'elle fait penser au seul « achat public », l'expression « commande publique » peut encore paraître restrictive. Mais sans doute faut-il admettre avec P. Delvolvé (« Constitution et contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 493) que les principes formulés « s'appliquent aux contrats publics en général » – formule alors synonyme de « contrats de l'Administration ».
3. L'ordonnance du 17 juin 2004 précisant toutefois – certainement pour simplifier ! – qu'ils sont soumis aux « principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'*objectivité* des procédures ». V. C. Émery, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA* 2005.2269.

– la loi du 4 janvier 1992, relative aux recours en cas de violation des règles édictées par la loi précédente [1] ;

– la loi du 11 décembre 1992, relative à certains contrats dans les secteurs dits « exclus » (secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications) ;

– la loi du 29 décembre 1993, relative aux recours en matière de secteurs exclus [2].

Il en ressort que les **critères communautaires** des marchés publics ne sont pas exactement ceux du droit français. Le *« critère organique »* retenu par celui-ci *est ignoré* : ainsi, en matière de fournitures, travaux et services, pour qu'il y ait marché entrant dans le champ de la réglementation communautaire, il faut que l'une des parties ait la qualité de « pouvoir adjudicateur ». Il peut s'agir de contrats passés par des personnes privées, dès lors que celles-ci sont soumises à l'influence des pouvoirs publics. C'est beaucoup plus souple que dans les jurisprudences *Peyrot* et *Culard*. De ce fait, les règles communautaires s'appliquent tout à la fois aux marchés publics et à certains contrats de droit privé [3].

Depuis d'autres directives sont intervenues, que des textes multiples (lois et décrets) ont eu pour objet de transposer – sans y être encore, semble-t-il, pleinement parvenus. Un arrêt **Telaustria** de la CJCE [4] a précisé ce que sont les exigences communautaires : quand bien même il n'y a pas de directive, « nonobstant le fait que (les concessions de service public) sont, au stade actuel du droit communautaire, exclues du champ d'application de la directive n° 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en particulier... ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence, ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication ».

Indépendamment du droit communautaire, d'autres règles nouvelles ont résulté de la **loi du 29 janvier 1993** « relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » [5]. Elle aussi *a étendu des principes de publicité et de mise en concurrence* contenus dans le Code des marchés publics à des

---

1. Loi qui déjà avait créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés, chargée de vérifier (sur saisine du Premier ministre, des ministres ou des préfets) la régularité et l'impartialité des procédures de préparation, passation ou exécution des marchés.

2. Les quatre secteurs exclus (aussi appelés « secteurs spéciaux ») peuvent paraître hétéroclites. Ils ont au moins en commun d'être très particuliers. Ils correspondent à ce que l'on appelle les « industries en réseaux » (industries où des entreprises exercent leurs activités au moyen d'infrastructures très coûteuses). C'est ce qui explique leur traitement spécifique : dans tous les États, plus ou moins, ce sont des secteurs où il n'y avait guère jusque là de concurrence et où il avait pu y avoir concession de droits exclusifs pour l'exploitation des réseaux.

3. D'où le titre de la loi du 3 janvier 1991 : elle est relative à des « marchés » et non seulement à des « marchés publics ». Cela ne fait que relativiser encore un peu plus la distinction du droit public et du droit privé : des marchés toujours qualifiés de privés — et relevant du juge judiciaire — se voient de plus en plus appliquer les mêmes règles que les marchés publics. V. l'ordonnance du 6 juin 2005 (*JO* 7 juin 2005) relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (comm.J.-D. Dreyfus, *AJDA* 2005.1571).

4. CJCE 7 déc. 2000, *Telaustria Verlags Gmb, Telefonadress GmbH*, *AJDA* 2001.106, note L. Richer.

5. Loi du 29 janvier 1993 (*JO* 30 janv. 1993). Sur cette loi, dossier *RFDA* 1993.902 (différentes contributions, dont celles de J.-Cl. Douence, « Les contrats de délégation de service public », p. 936 et

contrats qui, pour le reste, n'en relèvent pas (contrats conclus par les organismes privés d'HLM ou par les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux). En outre, elle *a institué une procédure d'appel d'offres pour les conventions de délégation de service public*. Ces contrats, qui se caractérisaient par la très grande liberté laissée aux collectivités publiques, doivent désormais connaître une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes [1].

De plus en plus complexe, le droit apparaît-il, au fond, avoir été si bouleversé ? La **complexité** a résulté de l'accumulation de textes qui se sont enchevêtrés, chevauchés. Une **relative continuité,** pourrait venir de ce qu'en la matière le droit communautaire s'inspire assez largement du système français. En France, il y a longtemps qu'existe (notamment pour protéger les finances publiques) une réglementation très sophistiquée des modes de passation des marchés publics. Dans le cadre communautaire, les préoccupations ne sont plus les mêmes, mais les moyens sont comparables. De même, en cas de lutte contre la corruption, l'on ne fait le plus souvent que renforcer des règles déjà existantes.

B. Les procédures de passation des contrats [2]

a) Les principes à respecter étant « rappelés », le code des **marchés publics** énonce qu'ils permettent d'assurer « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ». Pratiquement, ils exigent d'abord une détermination précise des besoins à satisfaire et, ensuite, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, ce qui (art. 53) doit conduire le pouvoir adjudicateur « à attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ».La dernière de ces précisions, faite dès 2001, constitue sans aucun doute l'innovation la plus remarquable. Il s'agit désormais toujours de choisir le « mieux-disant », celui qui en quelque sorte propose le meilleur rapport qualité/prix. Si l'on prend toujours en compte le prix, ce n'est plus qu'un élément parmi d'autres [3].

Ph. Terneyre, « L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption », p. 952) ; *AJDA* 1993.186, chron. M. Guibal. Sur les modifications de cette loi de 1993, apportées en 1994 et 1995, v. J.-Cl. Douence et Ph. Terneyre, « Marchés publics » et délégations de service public : nouvelles modifications législatives », *RFDA* 1995.971.

1. Le contentieux montre que le juge a nettement étendu son contrôle pour assurer le respect de la concurrence (aussi bien des règles de publicité et de mise en concurrence que des règles de fond relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux abus de position dominante). V. CE 6 févr. 1998, *Tète* (sur le respect d'une directive), *supra,* p. 123 ; CE 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, *AJDA* 1997.945 ; *RFDA* 1997.1228, concl. J.-H. Stahl, *GAJA* n° 105. Et, plus généralement, sur la question de la soumission au droit de la concurrence des actes relatifs au service public : dossier 11, chapitre 2.
2. .V, par exemple, C. Émery, *Passer un marché public*, Éditions Delmas, 2e éd., 2004.
3. Disparaît, en conséquence, toujours en 2001, la procédure d'adjudication – Procédure au terme de laquelle devait être retenu le « moins-disant », c'est-à-dire le candidat proposant le prix le moins élevé. L'achat public étant avant tout un instrument destiné à répondre aux besoins de l'administration, les critères de choix sont normalement liés à l'objet du marché, à ce dont l'acheteur a très précisément besoin. Par suite, la prise en compte d'éléments étrangers à cet objet pose problème (V. C. Jourdain, « L'intégration d'aspects sociaux et de considérations environnementales dans les marchés des administrations et entreprises publiques », *CJEG* avr. 2003, n° 597, p. 215). Cela n'a pas empêché le code de 2004 d'innover en admettant que l'acheteur se fonde notamment sur les « performances en matière de protection de l'environnement » (art. 53 II). La loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ajoute au même article les « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Mais, si ces critères tendent ainsi à être admis, leur portée est incertaine et ils restent discutés

Le code (dans sa version 2004) indiquait encore, pour répondre aux exigences communautaires, que les principes s'appliquent quel que soit le montant du marché, donc « dès le premier euro » [1]. A l'article 30 du même code, avait été prévue une dispense générale pour certains marchés de services. Le Conseil d'État l'a jugée excessive, sans pour autant exclure que certains marchés puissent être passés « sans publicité préalable et même, éventuellement, sans mise en concurrence, en raison de leur objet ou de situations répondant à des motifs d'intérêt général » [2]. Ce que confirme le code de 2006 (dont la circulaire « portant manuel d'application » ne manque pas de citer la jurisprudence du Conseil d'État).

En tout état de cause, l'obligation générale de respecter les principes, et donc de procéder à une mise en concurrence, entraîne des contraintes fort différentes selon le montant des marchés et accords-cadres.

– Le Code fixe des seuils en dessous desquels la passation des marchés et accords-cadres connaît une grande souplesse : pour les marchés de travaux inférieurs à 210 000 euros HT et pour les marchés de fournitures et de services inférieurs à 135 000 euros HT pour l'État et 210 000 euros HT pour les collectivités territoriales. Ces marchés sont passés selon une *« procédure adaptée »* : les pouvoirs adjudicateurs déterminent eux-mêmes les modalités de mises en concurrence, sans être astreints à mettre en œuvre des procédures formalisées. Néanmoins, pour les mesures de publicité, la liberté n'est totale que dans le cas des marchés inférieurs à 90 000 euros HT (alors les personnes publiques choisissent librement les modalités d'une publicité suffisante pour permettre une mise en concurrence). Au-delà, il y a obligation de procéder à une publicité dans les conditions déterminées par le code [3].

– Au-dessus des seuils relatifs à la procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de mettre en œuvre non seulement des règles de publicité fixées par le code, mais aussi les *« procédures formalisées »*. Le régime est assez complexe en raison de variables et d'exceptions selon l'objet des marchés et leur montant. Il reste que globalement la procédure de droit commun est celle de l'*« appel d'offres »*. C'est la procédure selon laquelle l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, « sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ». L'appel d'offres est ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre. Il est restreint si seuls peuvent remettre des offres les candidats qui ont été autorisés après sélection. Pour l'État et ses établissements publics, le marché est attribué normalement après avis d'une commission d'appel d'offres (ministres ou préfets et présidents d'établissement public en fixent librement la composition). Pour les collectivités territoriales, c'est la commission

(V., par exemple, F. Linditch, « Au secours, le critère social revient ! », *JCP A*, n° 1085 ; H. Pongerard-Payet, « Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus », *AJDA* 2006.635).

1. Ce qui n'a pas empêché un décret du 26 novembre 2004 de préciser que « les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4 000 euros HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence » (v. F. Rolin, « Curieuse mise en concurrence des règles du droit des marchés publics », *AJDA* 2005, tribune, p. 57). Précision qui, en 2006, figure à l'article 40 (alors que disparaît, à l'article 1er, l'ajout de 2004).

2. CE 23 févr. 2005, *ATMMP*, *AJDA* 2005.668, note J.-F. Dreyfus.

3. Doit être faite aussi une publication au Journal officiel de l'Union européenne, lorsque les seuils communautaires sont atteints (marchés de fournitures et de services : 135 000 euros HT pour l'État et 210 000 euros HT pour les collectivités territoriales ; marchés de travaux : 5 270 000 euros HT).

qui attribue le marché (d'où une composition très réglementée comprenant des membres de l'Assemblée et le maire ou le président de Conseil général ou régional) [1].

Dans l'objectif de permettre une négociation ou un « dialogue » avec les entreprises candidates afin d'adapter au mieux l'offre aux besoins, le Code ouvre la possibilité d'utiliser d'autres procédures dans les conditions limitatives qu'il établit : il s'agit notamment de la *procédure négociée*, et de celle du *« dialogue compétitif »*. S'y ajoute désormais un *« système d'acquisition dynamique »*, qui est « une procédure entièrement électronique... pour des fournitures courantes » (art. 78).

b) Pour ce qui concerne les **conventions de délégation de service public,** la loi du 29 janvier 1993 organise une *procédure en deux étapes.* D'abord, la personne publique assure la publicité de son projet, de façon à provoquer la mise en concurrence. Ensuite, elle établit la liste des candidats admis à présenter des offres et adresse à chacun un document leur donnant toute précision sur le service à assurer. S'il s'agit de services publics locaux, intervient aussi une commission composée d'élus de la collectivité intéressée et chargée de donner un avis sur les offres recueillies [2]. Au terme de cette procédure, le principe reste celui de la *liberté de choix du délégataire.* Les offres sont librement négociées avec leurs auteurs, étant entendu que la négociation ne doit pas conduire à remettre en cause l'égalité entre les candidats [3].

C. Le « référé précontractuel »

L'**objectif des directives européennes** était d'éviter que la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence ne se résolve uniquement après la conclusion du contrat et le plus souvent par l'octroi de dommages et intérêts. Elles laissaient aux États la possibilité de confier les procédures de recours soit à une instance juridictionnelle, soit à une instance administrative. En France, la voie juridictionnelle a été retenue.

C'est ainsi que la **loi du 4 janvier 1992** *institue deux recours* : l'un ouvert devant le juge judiciaire, pour les contrats de droit privé, l'autre devant le juge administratif, pour les marchés relevant du droit public. Dans les deux cas, les recours sont portés devant le Président de la juridiction compétente ou son délégué (TGI ou TA), lesquels statuent en premier et dernier ressort « *en la forme des référés* ». Ce référé est très particulier : préalablement à la passation du contrat (dès lors qu'un contrat est conclu, le recours ne peut plus être présenté), le juge peut prendre des *mesures provisoires* (injonction au responsable du manquement de se conformer à ses obligations, suspension de la procédure) et des *mesures d'annulation* (annulation des décisions se rapportant à la

---

1. V. toutefois, au vu de certaines dispositions réduisant leur rôle, F. Linditch, « Vers la fin des commissions d'appel d'offres ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. I, p. 83.
2. Depuis la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, c'est cette commission qui dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.
3. Au regard du droit communautaire et dans des conditions très restrictives, des *contrats « in house »* (sans mise en concurrence) restent possibles. Selon la CJCE, en effet, une réglementation nationale peut permettre à une collectivité publique « d'attribuer un service public directement à une société dont elle détient entièrement le capital, à condition que la collectivité publique exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que cette dernière réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient » (par exemple, CJCE 6 avr. 2006, *ANAV c/Commune di Bari*, *AJDA* 2006.790).

procédure, suppression de clauses destinées à figurer dans le contrat) [1]. Le recours peut être formé par toute personne ayant un intérêt à conclure le contrat et susceptible d'être lésée [2]. Le préfet peut aussi (lorsque la demande ne porte pas sur des marchés ou contrats passés par l'État) utiliser cette procédure du référé précontractuel.

Dans les secteurs dits « exclus », la **loi du 29 décembre 1993** *institue aussi deux recours mais elle donne au juge des pouvoirs différents*. S'il peut toujours ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations, il ne peut ensuite que prononcer une *astreinte* provisoire ou — si le manquement constaté n'a pas été corrigé — une astreinte définitive (il n'a pas le pouvoir de suspendre la passation du contrat ou d'annuler des décisions) [3].

§ 3. L'ÉLABORATION DES NORMES CONTRACTUELLES

Le principe est que le contenu du contrat est débattu par ses auteurs en droit administratif comme en droit privé. Néanmoins, dans le cas des contrats de l'Administration, la liberté des parties est souvent apparue très réduite par la pratique des contrats-types [4] et surtout par la référence à des **cahiers des charges**.

Pour les cahiers des charges des **marché publics** qui, selon le Code (art. 13), déterminent les conditions dans lesquelles les marchés publics sont exécutés, il faut distinguer des documents généraux et des documents particuliers.

– Les documents généraux sont, d'une part, les *cahiers des clauses administratives générales* qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés et, d'autre part, les *cahiers des clauses techniques générales* qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.

– Les documents particuliers, quant à eux, sont les *cahiers des clauses administratives particulières* qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché et les *cahiers des clauses techniques particulières* qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations propres elles aussi à chaque marché.

La Commission centrale des marchés [5] a joué un rôle essentiel dans la rédaction des cahiers des clauses administratives générales, lesquels ne s'appliquent qu'aux seuls

---

1. La loi du 29 janvier 1993 a étendu le contrôle : sont invocables les manquements aux obligations qui résultent aussi bien du droit national que du droit d'origine communautaire.
2. Un décret du 22 novembre 2000 pris en application de loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a supprimé l'obligation de réclamation préalable initialement prévue ; et cette même loi a ouvert la possibilité au président du Tribunal administratif, dès la saisine, d'enjoindre de différer la signature pendant un délai maximum de vingt jours (art. L. 551-1du CJA).
3. V. R. Vandermeeren, « Le référé administratif précontractuel », *AJDA* 1994, n° spécial du 20 juill. 1994, *Actualité des marchés publics,* p. 91 ; S. Lagumina et E. Philippe, « Le référé précontractuel. Bilan et perspectives », *AJDA* 2000.283. Et pour des applications : CE 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, *RFDA* 1994.728, concl. Lasvignes ; CE 3 nov. 1995, 3 espèces, *RFDA* 1995.1077, concl. Chantepy.
4. P. Rongère, *Le Procédé de l'acte type*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 84, 1968 (préface J. Rivero).
5. Créé en 1959 et supprimé en 1998, cet organisme avait pour tâche de contribuer à l'élaboration d'une politique cohérente des marchés publics en rationalisant la réglementation et en coordonnant les actions – Existent aujourd'hui, avec des objectifs en partie comparables, un *observatoire économique de l'achat public* (art. 130, CMP) et une *commission des marchés publics de l'État* (art. 129) qui, plus précisément, « fournit aux services de l'État une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés ».

contrats qui s'y réfèrent : le pouvoir adjudicateur d'un marché public est libre de faire référence aux documents généraux et il est toujours possible d'y déroger lorsqu'il décide de les appliquer. Évidemment, *une fois le contrat conclu*, les normes contenues dans un cahier des charges ont normalement valeur contractuelle.

Il en va autrement pour certaines clauses des conventions de **délégation de service public**. Dans une concession, par exemple, diverses clauses des cahiers des charges organisent le service et ne régissent pas directement les rapports entre l'administration concédante et le concessionnaire. Elles sont analysées par le juge comme de véritables normes unilatérales de caractère réglementaire. Dans un arrêt de 1906 le Conseil d'État avait admis que des usagers puissent invoquer la violation de ces clauses réglementaires à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir contre une décision les méconnaissant [1]. Mais il considérait que ces clauses elles-mêmes ne pouvaient pas faire l'objet d'un recours tendant à leur annulation [2]. Cette jurisprudence contestable, car assez peu logique, n'a pris fin qu'en 1996 : dans un arrêt du 10 juillet 1996, le Conseil d'État juge recevable un recours pour excès de pouvoir contre une clause réglementaire d'un contrat de concession [3].

Section 2
Les règles relatives à l'exécution des contrats administratifs

Le contrat administratif, comme le contrat de droit privé, est l'acte dont les normes régissent les rapports mutuels de ses auteurs. Cependant, son régime comporte des particularités en ce qui concerne les prérogatives de l'Administration et les droits du cocontractant.

§ 1. Les prérogatives de l'Administration et leurs effets

A. Les quatre sortes de pouvoirs de l'Administration

Le cocontractant est dans l'obligation d'exécuter le contrat dans le respect des dispositions des cahiers des charges et l'Administration dispose de quatre sortes de pouvoirs.

1. L'Administration peut exercer un droit de **direction et contrôle :** le cocontractant a en principe le choix des moyens d'exécution mais, dans divers marchés, comme, par exemple, ceux de travaux publics, il peut recevoir des « ordres de service ».

2. L'Administration a, dans l'hypothèse d'une faute de son cocontractant (inexécution, retard dans l'exécution, etc.) le pouvoir d'édicter des **sanctions.** Celles-ci sont des mesures temporaires qui ne mettent pas fin au contrat. Il peut s'agir de sanctions pécuniaires ou de

---

1. CE 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, concl. J. Romieu *R.* 962, *GAJA* n° 17.
2. CE 16 avr. 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*, *AJDA* 1986.328.
3. CE 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *AJDA* 1996.732, et *RFDA* 1997.89, note P. Delvolvé. Sur le contentieux des contrats et son évolution V. *Pour approfondir* de ce dossier et le dossier 13, p. 623.

sanctions coercitives (mise en régie, exécution par défaut, etc.). Ces sanctions sont prononcées par des décisions unilatérales soumises au contrôle du juge administratif qui peut condamner l'Administration à des dommages-intérêts pour sanction irrégulière. En cas de faute de l'Administration, son cocontractant ne dispose, quant à lui, que de la possibilité de faire jouer, en justice, la responsabilité contractuelle de l'Administration.

3. L'Administration dispose d'un pouvoir de **résiliation unilatérale.** Celle-ci peut intervenir à titre de sanction : elle est prononcée unilatéralement en cas de faute grave du cocontractant et sous réserve d'une indemnisation éventuelle [1]. Mais la résiliation peut également intervenir sans aucune faute du cocontractant, uniquement dans l'intérêt du service, soit par une décision particulière [2], soit par une décision réglementaire, ce qui est plus contestable [3].

4. Le juge a clairement reconnu à l'Administration un pouvoir de **modification unilatérale** des normes du contrat [4]. Une controverse s'était développée au sujet de ce pouvoir [5] mais la jurisprudence est dépourvue de toute ambiguïté. Avant même cette explicitation [6], on constatait que des modifications unilatérales des contrats administratifs se produisent effectivement en droit positif. Deux affaires sont, à cet égard, particulièrement typiques.

– Celle de la *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen* [7] qui est relative au *conflit gaz-électricité.* Le juge a estimé que la commune pouvait modifier le service d'éclairage (usage de l'électricité et non plus du gaz), obligeant par là même le cocontractant à s'adapter : « La commune de Déville a la faculté d'assurer ce service au moyen d'électricité en le concédant à un tiers dans le cas où la compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier ».

---

1. La règle est différente en matière de concession : en l'absence de clause donnant à l'Administration le droit de prononcer la déchéance pour manquement du concessionnaire, celle-ci ne peut-être prononcée que par le juge.
2. CE 2 févr. 1987, *Société TV6 et autres*, *AJDA* 1987.314 (décision de résilier le « traité de concession de la 6e chaîne de télévision ») : le juge précise que les motifs d'intérêt général invoqués par l'autorité concédante pour justifier la résiliation doivent exister de manière certaine à la date de cette résiliation (et non pas reposer sur un simple projet de réforme). V. aussi *infra*, p. 541.
3. V. CE 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *D.* 1958.731, note A. de Laubadère et concl. (contraires) J. Kahn. Le commissaire du gouvernement avait estimé que si le législateur peut, exceptionnellement, résilier des contrats, il n'en va pas de même pour le gouvernement dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Pourtant le Conseil d'État l'a admis en considérant qu'il « lui appartient en tout état de cause *en vertu des règles applicables aux contrats administratifs,* et sous réserve des droits à indemnité des intéressés, de mettre fin, comme il l'a fait, à ces marchés de fournitures ».
4. Le pouvoir de résiliation peut apparaître comme ayant une portée moindre que le pouvoir de modification : en effet la modification s'analyse en réalité comme une résiliation suivie de l'édiction de nouvelles clauses, ce qui peut être extrêmement contraignant pour l'autre partie.
5. J. L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *D.* 1953, chron. p. 87 ; F.-P. Bénoit, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », *JCP* 1963.I.1175.
6. CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics régionaux et urbains*, note F. Llorens, *RFDA* 1984.45 ; *RDP* 1984.212, note J.-M. Auby : un décret de 1980 relatif aux modalités d'exploitation des services de transport d'intérêt local, en permettant à l'administration « d'apporter des modifications unilatérales à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation », s'est borné à « *faire application des règles générales applicables aux contrats administratifs* » et n'est donc pas irrégulier.
7. CE 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen*, *R.* 5, *S.* 1902.3.17, concl. J. Romieu, note M. Hauriou ; *GAJA* no 9.

– Celle de la *Compagnie générale française des tramways* [1] qui a trait également à des modifications des modalités d'un service. Le Conseil d'État affirme alors que les pouvoirs conférés par les textes « impliquent, pour l'Administration, le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ». Hauriou, dans sa note sous cet arrêt, analysait ainsi ce pouvoir de l'Administration : « On est entré dans cet état d'esprit que nous traduirons en disant que le public n'a pas à souffrir de ce qu'un service public est concédé au lieu d'être exploité en régie ; on cherche à rendre l'exploitation du service aussi souple, aussi adaptée aux besoins variables du public que s'il n'y avait pas de contrat [2] ».

B. Les effets de ces pouvoirs sur la logique contractuelle

Le pouvoir de modification unilatérale a toujours soulevé une question essentielle au regard du principe même du contrat. En d'autres termes, l'article 1134 du Code civil, qui précise que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », ne vaut pas pleinement pour l'Administration. Le Conseil d'État le reconnaît d'ailleurs quand il dit : « *En principe,* le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ». En précisant que les normes sont définitives *en principe seulement*, le juge reconnaît que, dans certains cas, elles peuvent être modifiées [3]. Toutefois, cette éventualité n'est pas conforme à la logique contractuelle : le pouvoir dont l'administration est ainsi doté manifeste la présence de l'action unilatérale au sein même du processus conventionnel. Sans doute le juge est-il sensible à cette contradiction. Aussi explicite-t-il rarement et tardivement la règle qui donne à l'administration compétence pour changer certaines clauses contractuelles (et il a d'autant moins l'occasion de le faire que les modifications unilatérales sont fort souvent prévues par le contrat lui-même). Il rattache ce privilège soit à la commune intention des parties (mais n'est-ce pas un artifice, ou un total irréalisme ?), soit à des pouvoirs extra-contractuels comme les pouvoirs de police (mais où est la différence du point de vue du cocontractant ?). Toujours est-il que, du fait de toutes ces difficultés, la solution du droit positif français, ne semble pas être l'adoption d'un principe

---

1. CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, *R.* 210, *S.* 1911.3.1, concl. L. Blum, note M. Hauriou, et *RDP* 1910.270, note G. Jèze ; *GAJA* n° 22.

2. Si l'on peut encore dans cette section s'en tenir à la présentation « classique » des prérogatives de l'Administration et des droits de ses cocontractants, il ne faut cependant pas oublier que ces droits et obligations ne peuvent aujourd'hui que tendre à être affectés de plus en plus par l'évolution des règles relatives à la formation des contrats. V., par exemple, F. Gartner, « Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général », *RFDA* 2006.19 (que dire, écrit-il, de l'idée de modifier lorsqu'on affirme – comme le fait le code des marchés publics – que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique » *avant* la passation du contrat, et que « le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins » ? Avec un contenu fixé d'avance et un contrat qui ne peut répondre qu'à cette définition initiale, il y a peu de chance de modifier... – sauf cas d'exception, peut-on lire encore, les modifications qui adaptent en profondeur le contrat, c'est-à-dire pratiquement toutes celles qui avaient fait la grandeur des principes du contrat administratif, au nom de la continuité et de l'adaptabilité, supposent aujourd'hui une « remise en concurrence » du « nouveau » contrat). Ici aussi, des évolutions sont en cours dont il reste à mesurer la portée exacte.

3. CE 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, *R.* 125 ; *GAJA* n° 31.

général mais bien une *solution composite* (variable selon les contrats). Le pouvoir de l'administration n'est pas discrétionnaire et il comporte des limites.

– Le **principe de l'intangibilité des normes contractuelles n'est pas consacré :** s'il existait, en tout état de cause, tout changement serait irrégulier, qu'il soit pris par l'Administration contractante ou par l'autorité de police.

– Le **principe de la mutabilité des normes contractuelles par la volonté administrative ne l'est pas davantage :** il serait une absurdité et il est rejeté par le juge. Un arrêt le prouve bien [1]. Un sieur « R », architecte, avait été chargé d'établir les plans et de reconstruire l'hôpital de Chauny. Il part s'établir à Bourges. Il s'adjoint un de ses confrères comme collaborateur après avoir demandé l'agrément de l'Administration. Celle-ci donne donc son accord mais décide que les honoraires stipulés pour « R » seront partagés par moitié. Le Conseil d'État déclare que l'autorité administrative ne « pouvait modifier unilatéralement les conditions du contrat ».

– Fondé sur les exigences du service public, le pouvoir de modification unilatérale a une portée limitée. Il n'est pas discrétionnaire (car l'Administration ne saurait se soustraire purement et simplement à ses engagements contractuels). Il est conditionné par des changements de circonstances et il reflète simplement les prérogatives (et les obligations) que détient (et que supporte) l'Administration pour assurer la satisfaction de l'intérêt général. Il n'existe qu'à l'égard de certaines clauses de contrat, celles qui intéressent le fonctionnement du service (et non pas les clauses financières : « les prix sont immuables », dit le Conseil d'État).

– Les modifications unilatérales ne peuvent excéder certaines limites et ne sauraient changer l'objet du contrat ou en bouleverser l'économie, et le cocontractant a un droit à indemnité.

§ 2. Les droits du cocontractant

Bien entendu, le cocontractant a droit au paiement de sa créance [2] qui s'effectue dans des conditions particulières au droit administratif. Parfois, le créancier peut prétendre, en plus « du principal », à des indemnités (pour « l'équilibre financier » ou « l'équation financière » du contrat) lorsque les prévisions normalement faites lors de la conclusion du contrat ont été déjouées, ce qui conduit à envisager essentiellement *deux jurisprudences*. Sans doute la première **(la jurisprudence du fait du prince)** correspondait-elle à un changement des circonstances de droit, c'est-à-dire de l'ordre juridique : il s'agissait de répondre en quelque sorte à *l'aléa administratif*. La seconde **(la jurisprudence de l'imprévision)** s'applique en revanche à *l'aléa économique*, autrement dit à une modification des circonstances de fait. Mais cette symétrie n'est plus conforme à l'état actuel de la jurisprudence.

---

1. CE 11 juill. 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, *S.* 1942.3.15.
2. Ce qui ne va pas sans difficultés. V. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, à propos des avances, délais de règlement.

A. La jurisprudence du fait du prince [1]

Les cas d'application restent assez restreints et laissent place à des incertitudes. Certes, deux traits essentiels caractérisent le fait du prince : d'une part, les difficultés d'exécution d'un contrat doivent être liées à une *mesure prise par l'autorité contractante* ; d'autre part, le cocontractant a droit à une *indemnisation intégrale*.

Mais de quelles mesures prises par l'autorité peut-il s'agir ? Deux hypothèses sont à distinguer. La première est la plus nette : l'autorité prend des mesures particulières propres au cocontractant (ordres de service dans les marchés de travaux publics, et surtout modifications unilatérales des contrats). Dans la seconde hypothèse, l'autorité prend des décisions à caractère général, en une autre qualité que celle de partie au contrat. Les solutions sont ici incertaines : le fait du prince semble ne s'appliquer que dans le cas où les mesures ont un effet direct sur l'objet essentiel du contrat (par exemple, la modification par un maire des voies de circulation dans sa commune, nécessitant des changements d'itinéraires pour le concessionnaire de transport).

B. La jurisprudence de l'imprévision

Cette jurisprudence de l'imprévision prolonge celle des *sujétions imprévues* qui est très ancienne et qui concerne les travaux publics : lorsque l'entrepreneur se heurte à de graves difficultés matérielles et lorsque celles-ci n'étaient pas prises en compte dans le contrat (par exemple, la structure du sous-sol...), il peut demander une indemnité.

Plus généralement, dans le cas de l'imprévision, lorsque les cocontractants n'ont pas pu raisonnablement prévoir des faits indépendants de leur volonté qui aboutissent à un véritable bouleversement du contrat, l'Administration est tenue de verser une indemnité essentiellement temporaire (celle-ci n'est perçue que tant que durent les circonstances qui la justifient et, si ces dernières deviennent permanentes, les parties doivent conclure un nouveau contrat ou demander au juge de résilier l'ancien). L'imprévision s'applique en cas de faits économiques bouleversant l'exécution du contrat. Cette situation est illustrée par l'affaire du *Gaz de Bordeaux* [2]. Du fait de la guerre (1914-1918), de l'invasion, de la hausse brutale du prix du charbon à partir duquel le gaz de ville est fabriqué, « la Compagnie est fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service ». Le prix du charbon avait été multiplié par trois en moins de deux ans et le Conseil d'État estime que, faute d'un arrangement amiable, le concessionnaire a droit à une indemnité dont le montant sera fixé par le juge.

En outre l'imprévision est admise en raison d'un « aléa administratif » : hypothèse d'un changement de réglementation par une autorité publique qui n'est pas partie au contrat [3].

Les décisions de justice conduisent à souligner *quatre points.*

1. Pour qu'il y ait indemnisation, il doit s'agir de faire face à des **aléas extraordinaires,** c'est-à-dire à des événements entraînant un *bouleversement de l'économie du contrat ;* les

---

1. A. de Laubadère, « Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration », *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 383 (et, surtout p. 390).
2. CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *R.* 125.
3. CE 14 mars 1949, *Ville de Toulon*, *R.* 197, et CE 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*, *R.* 359.

aléas ordinaires constituent des risques normaux dans l'activité économique et ne justifient pas l'application de cette jurisprudence.

2. L'**intérêt du service,** et, même, dans certains cas, le **principe général de la continuité du service public** expliquent que le cocontractant ne soit pas libéré de son obligation et, simultanément, que l'Administration contractante qui, par hypothèse, n'est pas responsable des événements, doive néanmoins participer aux charges nouvelles.

3. Si le rétablissement de l'équilibre financier s'effectue par un partage entre les cocontractants, cette espèce de **solidarité entre les parties** connaît des limites : en cas de déséquilibre grave persistant, l'Administration peut refuser de le compenser et provoquer alors la *résiliation* du contrat qui peut également être demandée par son partenaire [1].

4. L'imprévision fait alors place à la **force majeure :** il s'agit d'un fait qui ne pouvait être prévu ni empêché par les parties, qui est totalement indépendant de leur volonté, et qui rend l'exécution du contrat absolument impossible. Dans ce cas, l'Administration ne peut prendre de sanctions pour inexécution, et le cocontractant est libéré de son obligation d'exécution [2].

Une affaire bien connue illustre cette situation de force majeure : l'affaire des *Tramways de Cherbourg* [3]. L'entreprise concessionnaire des tramways était restée déficitaire pendant six ans malgré les efforts de la ville et aucune solution ne semblait envisageable. Le Conseil d'État affirme que dans un cas comme celui-ci « où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose », les parties peuvent demander au juge la résiliation de la concession. En effet, « le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables » par le versement d'une indemnité d'imprévision, « le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ».

---

1. Le cocontractant peut aussi obtenir du juge résiliation de la convention si l'Administration a commis une faute (CE 16 mai 1923, *Glaenger*, *R.* 405) ou si, au prétexte de modifier certaines clauses du contrat, elle cherche à imposer en réalité une autre convention (V. les développements qui précèdent sur le pouvoir de modification unilatérale).
2. CE 29 janv. 1909, *Compagnie des Messageries maritimes*, concl. Tardieu, *R.* 116 ; CE 5 nov. 1982, *Société Propétrol*, concl. D. Labetoulle, *ADJA* 1983.259.
3. CE 9 déc. 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, *R.* 1050.

POUR APPROFONDIR

UN PROBLÈME CENTRAL : L'AUTONOMIE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Cette autonomie existe-t-elle vraiment ? La question a toujours été au cœur des études relatives aux contrats administratifs. Voir Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, manuel, 5e éd., 2006,notamment l'introduction sur « la formation de la théorie du contrat administratif » – voir aussi : Christophe GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, PUF, Thémis, 2004 ; François LICHERE, *Droit des contrats publics*, Dalloz, Mémento, 2005. Pour le xxe siècle, trois ouvrages se dégagent qui, à des degrés divers, ont souligné l'importance en la matière de la notion de service public : Gaston JEZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., 1927-1934 ; Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone, 1945 ; André DE LAUBADERE, *Traité des contrats administratifs*, 1957 (réédité en 1983-1984 par Franck MODERNE et Pierre DELVOLVÉ, LGDJ).

En tout état de cause, les développements relatifs au pouvoir de modification unilatérale de l'administration (*supra*, p. 446) montrent que la réponse à la question posée est affirmative mais qu'elle doit être nuancée comme on peut le constater, par exemple, en étudiant cet ouvrage : François LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 129, 1981.

Le préfacier, Pierre DELVOLVÉ, présente le problème en ces termes :

> Le marché de travaux publics constituait l'une des matières les plus assurées du droit administratif. (...) Contrat administratif par détermination de la loi, il a été réglé par les solutions de la jurisprudence, précédant ou précisant selon les cas celles qui résultaient de la volonté des contractants ou de l'autorité de la réglementation. Ainsi ont été dégagées un ensemble de solutions que l'on présentait classiquement comme adaptées à l'objet et aux données particulières de ce marché : conclu par une personne publique pour la réalisation de travaux immobiliers entrepris pour son compte ou dans l'accomplissement d'une mission de service public, il emportait pour l'Administration des prérogatives lui garantissant une exécution des travaux conformément à ses volontés et, pour l'entrepreneur, des compensations, essentiellement financières, aux exigences, administratives ou matérielles, auxquelles il était confronté. Dans tous les cas, droits et obligations respectifs des parties paraissaient déterminés, au-delà des stipulations contractuelles, par la spécificité de la matière, à laquelle paraissait correspondre l'autonomie du régime applicable.
>
> Parallèlement, le contrat d'entreprise, qui a son assise dans les dispositions du Code civil (art. 1787 et s.) semblait avoir son domaine et son régime propres : passé entre des personnes privées pour des réalisations relevant avant tout de l'intérêt privé, il restait marqué par le principe d'égalité entre parties et enfermé dans les engagements de celles-ci, conformément au principe d'autonomie de la volonté, sous la seule réserve des dispositions impératives établies par le Code et de l'interprétation des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire dont son contentieux relève.
>
> À la simplicité des critères de délimitation des deux types de contrats, paraissaient correspondre l'homogénéité et la particularité du régime applicable à chacun : on pouvait les étudier de manière autonome, sans qu'il paraisse nécessaire à propos de l'examen de l'un de faire référence à l'autre.
>
> Cette simplicité a fini par apparaître comme une simplification et les particularismes, comme des présupposés (...).
>
> Pour l'essentiel, le contrat par lequel un maître d'ouvrage confie à un entrepreneur la réalisation de certains travaux est, dans tous les cas, de même nature, de même contenu,

> de même régime. Les mêmes droits et obligations des parties se retrouvent partout, peu ou prou ; le pouvoir qui paraissait le plus caractéristique du marché de travaux publics, celui d'en diriger l'exécution notamment par des ordres de service, s'exerce aussi dans le contrat d'entreprise ; les garanties respectives des contractants ne sont guère moindres dans l'un que dans l'autre.

Ces propos sont plus que jamais d'actualité. Les particularités du régime juridique des contrats administratifs ne doivent pas faire oublier qu'**il s'agit de véritables contrats** dont l'*essence* n'est pas différente de celle des contrats de droit privé (cf. Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, éd. de Boccard, 1921, 2e éd., tome II, p. 402, nº 80). On le voit bien en constatant que le droit administratif connaît une *théorie des vices du consentement* qui, même s'il n'y a que peu d'applications, rappelle, avec des nuances, celle du droit privé : Dominique POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 158, 1991 ; Yves WEBER, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, 1996, p. 315 (art. servant de base à une réflexion – sous le même titre – de Benoît PLESSIX, *RFDA* 2006.12).

Par suite, la question qui pratiquement se pose est celle de la mesure de l'autonomie. Il ne saurait y avoir de solution définitive et l'interrogation est permanente parce que l'équilibre est instable. Différents niveaux sont à distinguer. En effet, le degré d'autonomie des contrats administratifs peut être recherché par rapport aux contrats des personnes privées, mais aussi au sein même de l'ensemble que forment les contrats de l'Administration – Contrats qui tendent à être communément qualifiés de « contrats publics » et qui, du fait de l'affirmation de principes constitutionnels communs, sont aujourd'hui au centre de toutes les réflexions : v. Pierre DELVOLVE, « Constitution et contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 493 ; Franck MODERNE, « A propos de la codification du droit des contrats publics. Réflexions sur l'expérience française », *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 433 ; Gabriel ECKERT, « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA* 2006.238 ; Guylain CLAMOUR, « Esquisse d'une théorie générale des contrats publics », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, vol. 2, p. 637 – Souvent cités, ces mélanges de plus de 1 500 pages auraient mérités de l'être encore plus ; la plupart des questions évoquées dans ce dossier, et bien d'autres, y font l'objet d'une contribution.

AUTRES QUESTIONS : LA CONTRACTUALISATION ET LE CONTRACTUALISME

1. Il s'agit de bien comprendre ce que l'on appelle l'administration contractuelle (v. *supra*, p. 421, le problème de l'action administrative). Quand on parle plus précisément de **« contractualisation »,** le mot ne désigne pas seulement le fait d'établir des relations contractuelles là où il n'y en avait pas auparavant. Plus largement, il vise un mouvement d'ensemble : mouvement par lequel les relations contractuelles se développent, se multiplient au point de devenir un mode normal ou habituel de relations (Jean-Marie PONTIER, « Contractualisation et planification », *RDP* 1993.643). Il exprime alors la transformation de l'action administrative, sa modernisation, aussi bien dans les relations entre personnes publiques (en conséquence de la décentralisation) que dans les relations Administration-administrés (en conséquence de la politique d'amélioration de ces relations) ou même dans les relations internes à une administration (ainsi la rénovation de la gestion publique dans l'Administration d'État passe par une contractualisation sur les moyens des différents ministères, et une contractualisation entre administrations centrales et services déconcentrés). Les raisons et la portée de la multiplication des « contrats » suscitent des interrogations : Jacques CAILLOSSE et Jacques HARDY, *Droit et modernisation administrative,* La Documentation française, 2000, p. 75 ; Yves JEGOUZO, « L'administration contractuelle en question », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 543. Sur les ambiguïtés et les limites de l'expansion du phénomène, v. aussi dans le dossier sur « l'administration contractuelle » publié à l'*AJDA* 2003.970 et s., Laurent RICHER, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques » (l'auteur montre le

« désenchantement » qui résulte de la banalisation du procédé contractuel) et Renaud DENOIX DE SAINT-MARC, « La question de l'administration contractuelle » : le vice-président du Conseil d'État remarque « qu'on ne saurait élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut pas gouverner par contrat. Il y a et il doit toujours y avoir une part de commandement qui s'exprime par l'ordre de la loi ou du règlement, le cas échéant, sous la menace des peines applicables en cas de manquement ».

D'un simple point de vue technique, un assez grand nombre de problèmes se posent, particulièrement en ce qui concerne les contrats passés entre l'État et les autres personnes publiques. S'agissant tout d'abord des *contrats entre l'État et les collectivités locales*, dans le cadre de la politique de décentralisation depuis 1982, on peut s'interroger sur leur finalité. Ne sont-ils pas en réalité des actes unilatéraux déguisés, ou du moins un habillage (le « partenariat ») permettant à l'État de renforcer sa tutelle ? Une autre raison peut être avancée : l'extrême complexité de l'enchevêtrement des compétences, qui nécessite des actions conjointes (à vrai dire marquées par une certaine opacité : voir l'étude du Conseil d'État, *Décentralisation et ordre juridique*, rapport public n° 45, 1993, La Documentation française, 1994). V. aussi, dans le dossier de l'*AJDA* 2003 cité plus haut, Gérard MARCOU, « Les contrats entre l'État et les collectivités territoriales » ; ou encore (dans un dossier sur les contrats et leur évolution), Jean WALINE, « Les contrats entre personnes publiques », *RFDA* 2006.229. Et *Collectivités territoriales et gouvernance contractuelle* (dir. Yves LUCHAIRE), L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2006.

Sur la question de savoir s'il s'agit de véritables contrats, la jurisprudence relative aux contrats de plan État/régions a longtemps alimenté le débat. D'après la loi, il s'agit de véritables contrats. En fait, en dépit de leur réelle importance (soulignée *supra*, p. 278), leur contenu est-il autre chose qu'un texte d'intention, un engagement réciproque purement politique ? Après avoir affirmé qu'il s'agit bien de contrats administratifs (CE 8 janv. 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c/Communauté urbaine de Strasbourg*, *R.* 2), le Conseil d'État a semblé en limiter considérablement les effets juridiques en 1996 en décidant : « ce contrat de plan n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions et opérations qu'il prévoit » (CE 25 oct. 1996, *Association Estuaire-Écologie*, *RFDA* 1997.339, concl. Jacques-Henri STAHL, note Yves MADIOT). Dans sa note, Yves MADIOT remarque que « le contrat de plan rejoint la catégorie des contrats « faux-amis » dont le nombre ne cesse de croître dans tous les domaines ».

Voir toutefois, Jean-David DREYFUS, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA* 2000.575 (dossier consacré à ces contrats). Après avoir analysé divers « apports jurisprudentiels » de ces dernières années, il conclut : « Les contrats entre personnes publiques sont de plus en plus soumis au droit. Ils se juridicisent alors qu'ils se trouvaient souvent en marge de la sphère juridique ».

2. Par-delà ses aspects techniques, le phénomène du développement des relations contractuelles présente des enjeux fondamentaux qui dépassent la question purement administrative pour concerner à la fois le fonctionnement de la société et la conception même du rôle de l'État : « dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis » ; se profile un « monde bigarré des conventions (qui) n'a plus l'État pour unique garant », qui « s'accompagne d'un démembrement de la figure du tiers gardien des pactes » ; « se laisse ainsi deviner ce que Pierre LEGENDRE a pu désigner par ailleurs comme une reféodalisation du lien social » (Alain SUPIOT, *Le Monde* du 7 mars 2000, extraits d'une conférence relative à « la contractualisation de la société » — Et, pour ce qui est de la « reféodalisation », *supra*, *Pour approfondir*, dossier 4, p. 224, sur l'avenir du centralisme).

À l'observation de la contractualisation, s'ajoute alors une interrogation sur ce que l'on peut appeler le **contractualisme.** Souvent utilisé, le mot ne se distingue pas toujours clairement de celui de contractualisation. Ainsi lorsqu'il « désigne un phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part, à voir des contrats dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volonté, d'autre part, à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement » (Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 4e éd., n° 47, qui le retient « à raison de sa neutralité : sans

renvoyer aux notions complexes d'idéologie ou de mythologie » — ce qui ne l'empêche pas de montrer qu'il « procède en partie d'une influence proudhonienne diffuse » et qu'il est « certainement lié aux mutations qu'a subies le concept de légitimité »). Plus tranché, Alain SUPIOT (dans un entretien publié sous le titre « la fonction anthropologique du droit », *Esprit*, n° 272, *Entre la loi et le contrat*, févr. 2001, p. 155) précise :

> Il faut distinguer ici le contractualisme, qui est une idéologie, et la contractualisation, qui désigne un phénomène observable au plan juridique. Le contractualisme, l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi, est un avatar de l'idéologie économique, qui conçoit la société comme un amas d'individus mus par la seule vertu du calcul rationnel d'intérêts.

LE CONTENTIEUX DES CONTRATS

Les litiges contractuels ne se règlent pas toujours devant le juge. Aussi limitée que soit encore leur place, les *« modes alternatifs de règlement »* (*supra,* p. 68) ne peuvent que trouver en matière contractuelle l'un de leur terrain de prédilection.

Quant à la question des recours juridictionnels, elle présente aujourd'hui une assez grande complexité. Le principe est que le contentieux contractuel relève du plein contentieux et non du contentieux de l'annulation. Le « **juge du contrat** » est donc **distinct du juge de l'excès de pouvoir**, et il ne peut être saisi que par les seules parties au contrat. Toutefois, ce principe est assorti d'exceptions de plus en plus nombreuses (*infra*, dossier 13, p. 623) qui conduisent à s'interroger sur le maintien de la règle traditionnelle de l'irrecevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un contrat. C'est l'occasion de réflexions sur la distinction de l'acte unilatéral et du contrat, comme sur celle des contentieux et, plus généralement, sur le droit au juge : v. Gilles DARCY, « Variations sur l'acte détachable du contrat », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, vol. 1, p. 503 ; et Patrick WACHSMANN, « La recevabilité du recours pour excès à l'encontre des contrats. Pour le centenaire de l'arrêt Martin », *RFDA* 2006.24 – « Le dépassement de la jurisprudence Martin : une simplification souhaitable ? », s'interroge à son tour ce dernier. Pourquoi, en effet, interdire au justiciable ordinaire de demander l'annulation d'un contrat au juge de l'excès de pouvoir alors que le préfet peut le faire en usant de la voie du déféré ?

Dossier 10

Les actes administratifs unilatéraux

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. L'élaboration des actes administratifs unilatéraux
Chapitre 2. L'exécution des actes administratifs unilatéraux

Pendant longtemps, il n'a guère été contesté que l'**acte unilatéral** fût un *monopole du droit public*, le droit privé reposant quant à lui sur le contrat, c'est-à-dire sur l'accord des volontés. On se fondait alors plus ou moins consciemment sur la célèbre formule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 d'après laquelle les hommes naissent et demeurent *égaux en droit* pour en tirer la conséquence qu'il était inconcevable que l'un d'eux imposât sa volonté aux autres.

C'était oublier que, très fréquemment, l'acte unilatéral intervient à l'intérieur des *groupes de droit privé* où il est l'expression du pouvoir de ceux qui ont ce groupe en charge. Ainsi en est-il dans la *famille* (exercice de l'autorité parentale), ou encore dans l'*entreprise*. L'ampleur de l'autorité du chef d'entreprise apparaît avec un relief particulier lorsqu'il exerce son *pouvoir disciplinaire* c'est-à-dire lorsqu'il édicte des sanctions (en infligeant des amendes, par exemple). De même, son *pouvoir de direction* s'exprime dans des décisions unilatérales posant tantôt des normes générales, tantôt des normes individuelles. Il crée un droit statutaire, qui est en quelque sorte le code de l'ordre juridique particulier à l'entreprise : le règlement intérieur dont la loi souligne l'importance de diverses manières et que la Cour de cassation qualifie d'« acte réglementaire de droit privé » [1]. Mais quel que soit l'intérêt de ce document effectivement primordial, il ne doit pas faire oublier que l'autorité du chef d'entreprise ne se limite pas là. Il détient en somme la maîtrise de l'emploi de ses subordonnés et de leur carrière dans son entreprise où il exerce à leur égard un pouvoir de commandement. Ainsi, au « droit statutaire » s'ajoute une sorte de « droit fonctionnel » beaucoup plus mouvant. Plus exceptionnellement, l'acte unilatéral joue aussi un rôle dans les *relations interindividuelles* et les civilistes ont ainsi recensé bien des actes unilatéraux : la reconnaissance d'enfant naturel, le testament, etc.

On en vient aujourd'hui à douter de « l'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux » [2]. Ces actes administratifs n'en restent pas moins spécifiques et leur étude appelle tout d'abord quelques remarques sur la terminologie et les critères d'identification.

---

1. Cass. 25 sept. 1991, *Société Unigrains c/Mme Geffroi*, *AJDA* 1992.94, obs. X. Prétot ; V. aussi, J. Moreau, « Règlements intérieurs d'entreprise, sécurité et libertés individuelles », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Économica, 1996, p. 447.
2. Titre d'un article de B. Seiller (*RDP* 2004.481) qui se fonde sur une comparaison du droit privé et du droit administratif et conclut : « Précisément circonscrite à l'égard des tiers, fondamentalement symbo-

§ 1. Remarque terminologique

Au sein de l'ensemble des normes administratives, l'acte unilatéral (qu'il soit réglementaire, individuel ou particulier) se distingue du contrat [1]. Il correspond approximativement à ce qui est communément appelé la *décision* [2]. Les juristes lui donnent parfois un autre nom : la *décision exécutoire*. Cette dernière expression est empruntée au vocabulaire de Maurice Hauriou qui écrit, par exemple : « La puissance publique qui se charge d'exercer les droits des administrations publiques est une forme du pouvoir exécutif, lequel est essentiellement un pouvoir de décision exécutoire qui passe d'office, en principe, à l'exécution de ses propres décisions par ses propres agents (services administratifs, force publique, forces armées) » [3]. Comme l'Administration n'a précisément pas le droit (sauf exceptions) d'assurer elle-même l'exécution des actes administratifs unilatéraux au besoin par la force [4], il vaut mieux *éviter cette terminologie trompeuse*.

§ 2. Critères de l'acte administratif unilatéral

L'acte administratif unilatéral est un acte qui normalement peut être contesté en justice par la voie du recours pour excès de pouvoir. Cette définition est opératoire même si elle est aussi très critiquable car elle ne fait que renvoyer à la vraie question : quels sont les actes susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir ? L'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'État, précisait qu'il s'agit des « actes des diverses autorités administratives ». La formule n'est simple qu'en apparence. Il peut s'agir d'actes accomplis par des autorités administratives régulièrement investies et agissant ès qualités au nom de l'État ou d'autres **personnes publiques** (le président de la République, les ministres, les maires, etc.) mais il peut s'agir d'actes accomplis par des **personnes privées** [5]. Cette donnée est suffisamment surprenante pour appeler quelques explications, d'autant que, même pour les personnes publiques, la notion d'« autorité administrative » apparaît complexe.

A. Actes de personnes publiques

Ne sont pas seulement « autorités administratives », les autorités relevant du pouvoir exécutif. Des actes administratifs unilatéraux émanent des services parlementaires ou de magistrats judiciaires qui alors, eux aussi, agissent comme autorités administratives [6].

Pour ce qui est des autorités administratives proprement dites, c'est-à-dire des organes de l'Administration, il est supposé qu'elles assurent une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique et leurs actes unilatéraux sont de ce fait, **en**

---

lique en matière juridictionnelle, l'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux paraît bien modeste au regard de la présentation qui en est ordinairement donnée ».

1. V. dossier 3, p. 165, la classification des actes de l'Administration et celle des actes unilatéraux.
2. L. Sfez, *La décision*, PUF, coll. « Que sais-je ? », n° 2181, 4e éd., 2004.
3. M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1927 (11e éd.), t. I, p. 350. *Adde* : Ch. Lavialle, *L'Évolution de la conception de la décision exécutoire en droit administratif français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 118, 1974.
4. V. p. 497.
5. Comparer avec la jurisprudence relative aux contrats entre deux ou plusieurs personnes privées.
6. V. p. 616.

principe, considérés comme administratifs. Tel n'est toutefois pas toujours le cas. Font d'abord exception, les *actes de gouvernement* qui sont insusceptibles de tout recours [1]. Ensuite, sont des *actes unilatéraux privés* et donc relèvent de la compétence judiciaire, les actes non réglementaires relatifs à la gestion du domaine privé et ceux relatifs à celle des services publics industriels et commerciaux [2]. Enfin, certains actes sont considérés comme ne faisant pas grief et restent à ce titre insusceptibles de recours pour excès de pouvoir : ce sont les *mesures d'ordre intérieur* [3].

B. Actes de personnes privées

a) Une personne physique ne saurait, en principe, exercer une compétence si elle n'a pas été habilitée à le faire auparavant. Ce principe est pourtant écarté dans certaines circonstances.

– L'Administration est parfois aidée par des **collaborateurs occasionnels**, des *requis* ou des *bénévoles* [4]. Généralement, leur activité n'est pas normatrice mais seulement matérielle ; il n'est toutefois pas exclu qu'ils soient conduits à prendre des décisions. Ces dernières seraient mises au compte des organismes publics concernés, tout comme les autres agissements de ces personnes, et soumises pour le reste, au régime juridique général de l'acte administratif unilatéral.

– L'application de la théorie des **fonctionnaires de fait** permet de considérer comme réguliers des actes administratifs pris par des personnes sans investiture ou même étrangères à l'Administration. Il en va ainsi en cas de **circonstances exceptionnelles**. Par exemple le juge admit-il qu'en mai 1940, à Saint-Valéry-sur-Somme, un comité assure l'administration de la ville et le ravitaillement de la population en réquisitionnant des denrées stockées par les commerçants ; ces actes présentaient, quand ils ont été pris, un caractère de nécessité et d'urgence et ils devaient donc « être regardés comme administratifs » bien qu'ils aient émané d'un organisme qui s'était substitué aux autorités municipales [5].

– Par ailleurs, en dehors des circonstances exceptionnelles, le régime des fonctionnaires de fait trouve une application sur le fondement de la **théorie de l'apparence**. Lorsqu'un agent de l'Administration est irrégulièrement nommé (ou élu) ou maintenu en fonctions, les actes qu'il a pris avant l'annulation de la décision relative à sa situation ne sont pas entachés d'incompétence : l'agent a eu, aux yeux du public, l'apparence d'une autorité régulièrement investie [6].

b) Plus généralement, il arrive qu'une personne privée assure l'**exécution d'un service public** et, par voie de conséquence, dispose pour remplir sa mission de **prérogatives de puissance publique**. Cela peut résulter d'une convention de délégation de service public. Mais il peut s'agir aussi d'associations diverses ou de sociétés, notamment de sociétés d'économie mixte qui, n'étant pas dans une situation contractuelle, bénéficient d'une

1. *Ibid.*
2. V. p. 405 et p. 554.
3. V. p. 620.
4. *Infra*, p. 587.
5. CE 5 mars 1948, *Marion*, *R.* 113 ; sur les circonstances exceptionnelles, v. *infra*, p. 488.
6. Par exemple, concernant le préfet de police de Paris irrégulièrement maintenu en fonction au delà de la limite d'âge : CE 16 mai 2001, *Préfet de Police c/Mtimet*, *AJDA* 2001.643 et 672, note A. Legrand.

habilitation unilatérale. En toutes hypothèses, la jurisprudence distingue selon qu'il y a exécution d'une mission de service public administratif ou de service public industriel et commercial.

– Lorsqu'une personne privée gère un **service public administratif**, ses actes unilatéraux, quels qu'ils soient (réglementaires ou non), sont administratifs s'ils sont pris en vertu de prérogatives de puissance publique. La solution est illustrée par l'arrêt *Magnier* (affaire des hannetons) [1]. Une ordonnance de 1945 avait prescrit que, pour lutter contre les ennemis des cultures, devaient être créés des groupements communaux ou intercommunaux et des fédérations départementales agréés par le préfet. En vue de mettre ces organismes privés à même d'exécuter la *mission de service public* qui leur était ainsi confiée, le législateur leur a conféré diverses *prérogatives de puissance publique* : monopole dans leur circonscription, bénéfice d'une imposition spéciale liée à la fiscalité locale, pouvoir d'exécuter d'office au lieu et place des administrés les traitements antiparasitaires, etc. Enfin, ces activités ont été placées sous le *contrôle* des services agricoles départementaux. Le juge conclut de cet ensemble de données que « dans le cas où ces organismes prennent des décisions unilatérales individuelles qui s'imposent aux propriétaires ou usagers intéressés, celles-ci présentent le caractère d'actes administratifs relevant de la juridiction administrative ».

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite avec la plus grande clarté notamment en ce qui concerne l'*organisation des activités sportives* et le *droit de la chasse*.

Pour ce qui est des **activités sportives** [2], une loi du 16 juillet 1984 en a précisé le régime, avant que ses dispositions ne figurent aujourd'hui dans un code du sport [3]. Dès 1974, cependant, le Conseil d'État admettait déjà qu'une *décision de la Fédération française de tennis de table* est une décision administrative. Il raisonnait ainsi : le législateur a confié à certaines fédérations sportives la mission d'organiser des compétitions, c'est-à-dire l'exécution d'*un service public administratif* ; bien que ces fédérations soient des associations privées régies par la loi du 1er juillet 1901, leurs décisions qui s'imposent aux intéressés et constituent l'usage fait par elles *des prérogatives de puissance publique* qui leur sont conférées ont le caractère d'actes administratifs ; ainsi en est-il, par exemple, de la modification de la procédure d'homologation des balles utilisées dans les compétitions nationales ou régionales [4]. De son côté, s'inspirant des mêmes principes, le Tribunal des conflits a qualifié de décision administrative, une sanction disciplinaire — la suspension d'un dirigeant d'un club de football — prise par le groupement du football professionnel au nom de la Fédération française de football : cette décision, juge-t-il, a été

---

1. CE 13 janv. 1961, *Magnier*, *R.* 33, *RDP* 1961.155, concl. J. Fournier.
2. R. Denoix de Saint-Marc, « Les fédérations sportives devant le juge administratif », *RFDA* 1985.66 ; M. Gros, « La fixation sédimentaire de la jurisprudence administrative sportive (CE 8 juin 1994, *Montpellier Université Club*) », *RDP* 1995.797 ; G. Mollion, *Les fédérations sportives. Le droit administratif à l'épreuve des groupements privés*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 246, 2005.
3. Code annexé à l'ordonnance du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport (*JO* 25 mai 2006). Les fédérations sportives s'y distinguent selon qu'elles sont ou non agréées en vue de participer à l'exécution d'une mission de service public et selon qu'elles ont ou non reçu délégation du ministre chargé des sports : dans chaque discipline sportive, est-il précisé (art. L131-14), une seule fédération agréée reçoit délégation pour organiser les compétitions sportives et édicter les règles techniques propres à la discipline.
4. CE 22 nov. 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, concl. J. Théry, *R.* 577.

« prise *pour l'exécution du service public et dans l'exercice de prérogatives de puissance publique* » [1].

Quant à la **chasse**, le droit est marqué par le rôle important conféré aux *fédérations départementales de chasseurs* et aux *associations communales et intercommunales de chasse agréées (A.C.C.A.)*. Investies de missions de service public, elles disposent de prérogatives de puissance publique et prennent des décisions qui, s'imposant aux intéressés, ont le caractère d'actes administratifs [2].

Cette jurisprudence comporte néanmoins des *incertitudes*. En premier lieu, elles tiennent aux critères eux-mêmes. Les notions de service public administratif et de prérogatives de puissance publique ne sont pas des plus claires [3]. Par voie de conséquence, la qualification de qui est ou non administratif peut s'avérer délicate. Des actes qui semblent bien correspondre aux critères indiqués ne sont pas considérés comme des actes administratifs : il s'agit, en réalité, de décisions que prennent les dirigeants de l'organisme privé en dehors de l'exécution du service public administratif dont il est chargé ou des prérogatives de puissance publique dont il bénéficie. Par exemple, l'exclusion d'un associé reste dans l'ordre des rapports de droit privé. En second lieu, la genèse de cette jurisprudence n'est pas à l'abri des controverses. Certes, le Conseil d'État a admis depuis longtemps qu'un organisme privé peut être investi d'une mission de service public en dehors même du cadre de la concession : en 1938, il visait « un organisme chargé de l'exécution d'un service public » (en l'espèce celui des assurances sociales) qui a pourtant « le caractère d'un établissement privé » (une caisse primaire) [4]. Mais il est difficile de dater l'introduction dans le droit positif français de cette notion très curieuse : l'acte administratif des personnes privées. Certains juristes pensent qu'elle aurait été consacrée par l'arrêt *Monpeurt* en 1942 [5].

Il s'agissait, en l'espèce, de *comités d'organisation* créés par une loi de 1940 afin d'atténuer les effets de la pénurie. Le juge administratif a décidé d'en assurer le contrôle en ces termes : « Bien que le législateur n'en ait pas fait des établissements publics », ces comités « sont chargés de participer à l'exécution d'un service public » et « les décisions qu'ils sont amenés à prendre » dans l'exercice de leurs attributions, « soit par voie de

---

1. TC 7 juill. 1980, *Peschaud c/Groupement de football professionnel*, *R.* 510 ; *D.* 1981.296, note J.-Y. Plouvin ; de même, TC 13 janv. 1992, *Préfet de la région Aquitaine c/Association nouvelle des girondins de Bordeaux*, *AJDA* 1992.451, obs. J.-P. Théron. Si ces arrêts mettent l'accent sur la mission de service public administratif et les prérogatives de puissance publique des fédérations ayant reçu délégation, il va de soi qu'il y a aussi, comme dans l'affaire des hannetons, contrôle de la puissance publique. Toujours celui-ci est supposé dès lors que les deux premiers éléments sont retenus.
2. CE 7 juill. 1978, *Ministre de la Qualité de la vie c/Vauxmoret*, *R.* 295. Sur ce que sont leurs prérogatives — souvent contestées par les opposants à la chasse, v. les lois des 26 juillet 2000 et du 30 juillet 2003 relatives à la chasse (Code de l'environnement, art. L. 420-1 et s.). La CEDH (29 avr. 1999, *Chassagnou*, *AJDA* 1999.922) ayant condamné la France au motif que sa législation imposait aux personnes dont les terres sont situées dans le périmètre d'une A.C.C.A. d'adhérer à cette association et d'ouvrir leurs propriétés aux chasseurs, la première de ces lois (art. L. 422-10) précise qu'ils peuvent s'en retirer « au nom de convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse ».
3. V. *infra*, dossier 11, le chapitre sur les services publics.
4. CE 13 mai 1938, *Caisse primaire : Aide et protection*, *R.* 417, concl. R. Latournerie, note D. Pépy, *D.* 1939.3.65, *GAJA* n° 53.
5. CE 31 juill. 1942, *Monpeurt*, *R.* 239, concl. Ségalat, *GAJA* n° 54. *Adde* : C. Eisenmann, « L'arrêt *Monpeurt* : légende et réalité », dans *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 221.

règlements, soit par des dispositions d'ordre individuel, constituent des actes administratifs » [1]. Il est clair que ce libellé est assez ambigu : le Conseil d'État peut avoir considéré les comités soit comme des personnes privées, soit comme des personnes publiques qui ne seraient pas pour autant des établissements publics ; la seconde interprétation est probablement exacte ; dans ce cas, l'arrêt *Monpeurt* ne serait pas un véritable précédent de l'arrêt *Magnier* [2].

– Lorsqu'une personne privée gère un **service public industriel et commercial**, ses *règlements* sont des actes administratifs s'ils se rapportent à l'*organisation du service public* assuré [3]. Le terme « organisation » ne s'oppose pas ici très rigoureusement à celui de « fonctionnement ». Il est pris dans un sens large, comme synonyme de gestion du service public. Cela signifie que, même s'il est formulé différemment, le critère n'est pas très éloigné des solutions retenues en matière de service public administratif. Admettre qu'il y a règlement administratif, c'est en toutes hypothèses admettre qu'il y a mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Les seules limites au développement de telles prérogatives et donc l'impossibilité d'édicter des actes administratifs individuels viennent logiquement de la nature industrielle et commerciale du service public et de sa gestion en principe privée.

Ces remarques préliminaires étant faites, la théorie générale de l'acte administratif comprend deux volets. D'une part, elle considère cet acte d'un point de vue *statique*, c'est-à-dire tel qu'il apparaît au moment de son **élaboration** (Chapitre 1). D'autre part, elle envisage ce que certains appelleraient la vie de l'acte, sa *dynamique*, c'est-à-dire tout ce qui est relatif à son **exécution** (Chapitre 2).

---

1. Comparer avec CE 2 avr. 1943, *Bouguen*, *R.* 86 (relatif aux ordres professionnels).
2. Sur les premières manifestations de cette jurisprudence, v. J.-Fr. Lachaume, « Quelques remarques sur les critères de l'acte administratif exécutoire émanant d'organismes privés gérant un service public administratif », *Mélanges Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 95.
3. TC 15 janv. 1968, *Compagnie Air France c/Époux Barbier* (règlement d'Air France ayant interdit le mariage des hôtesses de l'air), *R.* 789, concl. J. Khan ; *RDP* 1968.893, note M. Waline ; *GAJA* n° 86 – Où il est précisé que cette jurisprudence ne s'appliquerait plus aujourd'hui à Air France, société transférée en 2004 au secteur privé et qui n'est plus, sauf cas particuliers, chargée d'un service public.

Chapitre 1

L'élaboration des actes administratifs unilatéraux

En dépit de leur diversité, les actes administratifs comprennent tous des *éléments constitutifs* dont l'analyse permet de comprendre ce qu'est juridiquement un acte (Section 1).

Et à chacun de ces éléments correspondent des règles dont l'ensemble constitue le *régime juridique* de l'acte administratif unilatéral (Section 2).

Section 1
Les éléments de l'acte administratif unilatéral

§ 1. L'AUTEUR DE L'ACTE

L'acte administratif unilatéral est une décision dont il est généralement assez facile d'identifier concrètement l'auteur ou les auteurs. Il s'agit de la personne ou des personnes qui ont accompli l'acte : elles ont signé un document, elles ont donné un ordre verbal, elles ont fait un geste assimilé à des paroles ou à des écrits, etc.

Juridiquement, l'auteur d'un acte est **l'individu ou l'ensemble des individus dont le consentement est nécessaire pour que la décision soit prise**. L'application de cette définition pose évidemment certains problèmes.

La recherche de l'auteur d'un acte peut être rendue difficile par la *complexité de certains processus décisionnels*. Le juge tient à déterminer l'*auteur réel* (le responsable) au-delà de l'*auteur apparent* (celui qui endosse la paternité de l'action). Un jugement du tribunal administratif de Marseille illustre bien cette démarche [1]. À la suite de « fuites », le chef du service du baccalauréat de l'Académie d'Aix-Marseille avait été démis de ses fonctions. Cette décision est constituée, constate le juge, par un simple télégramme ainsi libellé : « Regret vous informer ordre ministre Éducation nationale mettre fin vos fonctions directeur service baccalauréat — stop — Recteur Académie Aix — ». Qui a décidé en

---

1. TA Marseille, 27 avr. 1966, *Sieur Choux c/ministre de l'Éducation nationale*, *AJDA* 1966.517, obs. P. Guérin.

l'espèce ? Est-ce le recteur qui a signé ce télégramme ? En fait, c'est le ministre, affirme le juge [1].

§ 2. Les coordonnées de l'acte

Un acte administratif unilatéral peut toujours être situé et daté. Il est accompli en **un lieu** donné (la mairie d'une commune...) et à **un moment** donné (généralement indiqué par l'année, le mois et le jour...). Le lieu et le moment de l'acte sont ses coordonnées (spatio-temporelles).

Au *Journal officiel* de la République française (Lois et décrets), la quasi-totalité des actes se terminent par la mention suivante : Fait à Paris, le...

§ 3. La procédure de l'acte

L'opération normatrice (la fabrication des normes) se déroule selon un processus parfois très sommaire, parfois très sophistiqué. Diverses règles déterminent les faits et gestes de l'auteur de l'acte et de ses partenaires pour la prise de décision.

La procédure de l'acte est l'ensemble des comportements qui interviennent dans la préparation de la décision et pour l'entrée en vigueur des normes administratives. En fait, la procédure se réduit à un *échange d'informations* : le décideur fait connaître les griefs qui vont le conduire à prendre une sanction ou bien il met en demeure d'agir une autorité à laquelle il se substituera si elle maintient son inaction, bref il annonce la mesure qu'il compte prendre ; il diffuse un projet en vue de sa mise au point juridique, technique ou politique, ce qui suppose une ou plusieurs consultations (avis) ; dans d'autres cas, il est saisi par des propositions ou par un recours administratif ; ou bien encore, il recueille des réactions, des vœux, des pétitions, les résultats d'une enquête publique, etc.

Lorsque l'acte est prêt, il reste pourtant un simple *projet* tant qu'il n'est pas signé, et il n'est pas opposable tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une *divulgation* qui est soit une **notification** aux destinataires nommément désignés, soit une **publication** (par affichage, par voie de presse, etc.) lorsque la décision est réglementaire, c'est-à-dire s'adresse à des destinataires dont le nombre est indéterminé et dont les coordonnées sont inconnues.

§ 4. La forme de l'acte

À un moment de l'opération normatrice (*le negotium*), la décision apparaît : elle peut être gestuelle ou verbale mais elle est souvent écrite et elle est alors présentée dans un document (*l'instrumentum*). Celui-ci comporte diverses mentions, par exemple, un intitulé (décret, arrêté, décision...) avec un numéro d'ordre, le nom de l'auteur de l'acte, la date de celui-ci, etc. La forme de l'acte est son aspect ou sa **présentation**. Elle est toujours l'écho du fond. Les diverses notations renvoient aux autres éléments de l'acte : ainsi la **signature** désigne l'*auteur*, la **date** indique le *moment* et souvent aussi s'accompagne du *lieu* de

---

1. La décision est, par conséquent, annulée : le recteur aurait pu révoquer le chef du service du baccalauréat mais le ministre qui, en l'espèce, s'est substitué à son subordonné, n'avait pas ce pouvoir.

l'acte ; les **visas** (vu l'avis du Conseil d'État, par exemple...) font notamment référence à la *procédure* et la **motivation** exprime les *motifs*.

§ 5. Les conditions de fond de l'acte

Exceptionnellement, ces conditions de fond sont appelées « causes » de l'acte ; le plus généralement, la terminologie juridique préfère le substantif « motifs ». Un acte ne saurait être dépourvu de motifs dans sa réalité historique : sinon, il serait absurde ou dérisoire et son auteur serait un insensé.

Du point de vue juridique, les conditions de fond sont **des données de fait et de droit, extérieures et antérieures à l'acte et qui le rendent nécessaire ou, au moins, possible**. Selon la formule de Bonnard : « Le motif est l'élément premier de l'acte. Il est l'antécédent qui le précède et le provoque. Il constitue sa raison d'être [1] ».

§ 6. Le but de l'acte

L'auteur de la décision obéit à une ou à plusieurs intentions. Il agit pour éviter des troubles de l'ordre public, pour assurer le bon fonctionnement du service public, pour profiter à titre personnel des prérogatives qu'il détient en tant qu'autorité administrative, etc. En bref, le but de l'acte (plus précisément le but visé par l'auteur de l'acte) est **le mobile de son auteur**. Il constitue une *donnée subjective*.

§ 7. Le contenu de l'acte

L'acte administratif unilatéral est un mécanisme institué par l'ordre juridique afin de le modifier. Il statue donc des droits et des obligations.

À cet objet correspond son contenu : ce que l'on appelle habituellement ses *dispositions* (comme l'on parle des clauses d'un contrat...). En d'autres termes, le contenu de l'acte est **une norme ou un ensemble de normes**. Ce sont les *normes administratives* qu'il est utile de bien distinguer des normes législatives, juridictionnelles, internationales, communautaires, etc.

Certaines de ces normes sont *permissives* : elles font naître des droits **(il est permis de...)** ; d'autres sont prescriptrices : elles imposent une obligation **(il est interdit de...)** ; on les dit aussi *impératives*.

Bien entendu, ces droits et ces obligations renvoient aux sujets de l'acte administratif (*sujets actifs* pour les droits, *sujets passifs* pour les obligations...). Juridiquement, il n'y a aucune différence entre ces sujets et les destinataires de l'acte ; ceux-ci, malgré une erreur terminologique fréquente, doivent être distingués des *tiers* qui sont en dehors du champ d'application de l'acte (ce sont des tiers à l'acte et non des tiers à l'auteur ou aux auteurs de l'acte).

---

1. R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, Sirey, 1935, p. 33.

Section 2
Le régime juridique de l'acte administratif unilatéral

Depuis le XIX[e] siècle, le juge a progressivement étendu son contrôle sur la régularité de l'acte, ce qui l'a conduit à en préciser les contours et à affirmer la distinction entre les divers éléments qui le composent. On constate ainsi, en analysant l'évolution du contentieux, un développement des moyens d'annulation (appelés cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir) qui constituent les irrégularités pouvant affecter un acte dans chacun de ses éléments.

En partant de cette approche contentieuse, mais en la dépassant, les juristes ont dressé un tableau des conditions de régularité d'un acte (et donc son régime juridique) en distinguant les *éléments externes* (par qui, et de quelle façon il est édicté) et les *éléments internes* (tout ce qui détermine le contenu même de l'acte). La classification est aujourd'hui communément admise, d'autant plus qu'elle se retrouve dans la procédure contentieuse elle-même [1]. Elle permet de clarifier la présentation du régime juridique, ce qui n'empêche pas celui-ci d'être aujourd'hui très complexe. La régularité de l'action administrative repose sur un « tissu » de plus en plus dense de règles en constante transformation et trop souvent obscures, imprécises sinon contradictoires. Il en résulte des difficultés pour le juge et une certaine insécurité juridique pour les administrés. Incontestablement, il est urgent de « simplifier la législation et la réglementation ainsi que les procédures, les structures et le langage administratifs ». [2]

§ 1. Les éléments de régularité externe de l'acte

Les règles ont trait ici à l'*auteur* de l'acte, aux *coordonnées*, à la *procédure* et enfin à la *forme*.

A. L'auteur

L'auteur de l'acte administratif unilatéral est une **autorité administrative**. Sa *capacité* à modifier l'ordre juridique s'appelle sa **compétence**. Elle est mesurée par *deux dimensions* et comporte *deux expressions.* Toute autorité titulaire d'une telle compétence doit en principe l'exercer elle-même sans la transmettre ; toutefois le droit admet *des substitutions de compétences*.

I. Les deux dimensions de la compétence

La compétence est le pouvoir de poser des normes et ces normes sont toujours des éléments de la réglementation de la *conduite d'êtres humains*. Aussi apparaît-il que la compétence d'un agent présente deux dimensions [3]. La **dimension matérielle** est relative à la *conduite* prescrite ou autorisée, au contenu de l'acte, à la matière qu'il traite, à son

---

1. *Infra*, dossier 13, p. 636.
2. Article 1[er] de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, qui charge le *Conseil d'orientation de la simplification administrative (COSA)* de formuler toute proposition en ce sens.
3. *Supra*, dossier 5, p. 236.

objet (de sorte que l'on pourrait parler d'une dimension objective). La **dimension personnelle** est relative aux *êtres humains* concernés, aux destinataires de l'acte, à ceux dont la conduite est réglementée, aux **sujets** actifs ou passifs des normes posées.

II. Les deux expressions de la compétence

L'autorité administrative exprime sa compétence en exerçant — selon une terminologie consacrée — tantôt une **compétence liée**, tantôt un **pouvoir discrétionnaire**.

Dans certains cas, l'agent *doit* accomplir un acte. Son abstention serait une irrégularité. Le refus d'agir (explicite ou implicite) pourrait être annulé et engager la responsabilité de l'Administration, s'il a causé un dommage. Il y a obligation d'agir ou compétence liée. Par exemple, l'autorité administrative est obligée de délivrer un permis de chasse à celui qui le demande (sous réserve bien entendu que les diverses conditions énumérées par les textes soient remplies) ; lorsque le législateur a prévu qu'un règlement interviendrait pour compléter une loi, le gouvernement est tenu de prendre ce règlement dans un délai raisonnable ; en matière fiscale, l'Administration doit fixer la dette d'impôt du contribuable au taux prescrit par la loi, etc.

Au contraire, dans de très nombreuses hypothèses, l'agent n'est pas tenu d'exercer sa compétence : il *peut* agir sans être obligé de le faire. Ainsi lorsqu'une loi d'habilitation prise en application de l'article 38 de la Constitution permet à l'exécutif de pénétrer dans le domaine de la loi en légiférant par ordonnances, le gouvernement peut prendre des mesures abrogeant ou modifiant des lois antérieures mais il peut aussi laisser la loi d'habilitation lettre morte ou n'en faire qu'un usage très restreint. De même, dans le domaine de l'action économique, les pouvoirs administratifs sont souvent discrétionnaires [1].

III. Les substitutions de compétences

Pour des raisons pratiques, et afin d'assurer le bon fonctionnement de l'Administration, le droit connaît des procédés de transfert de compétences.

Il peut s'agir de remplacer une autorité absente ou empêchée : tel est le cas de la *suppléance* ou de l'*intérim* (la suppléance est toujours organisée par un texte législatif ou réglementaire, alors que l'intérim est décidé en fonction des nécessités par l'autorité supérieure à celle qu'il s'agit de remplacer provisoirement).

Il existe aussi des *délégations* qui ont pour but de décharger une autorité qui ne peut exercer personnellement toutes ses compétences. Celles-ci sont de deux sortes, selon le degré de transfert de compétence qu'elles réalisent : dans les **délégations de signature**, le délégataire est en principe nommément désigné (M. X ou Mme Y...) et le délégant peut évoquer des dossiers ou signer lui-même des décisions pendant la durée de la délégation ; les **délégations de pouvoir**, au contraire, se caractérisent par le fait qu'elles sont accordées

---

1. V. aussi, *infra*, dossier 13, p. 638.

non à une personne mais à une fonction (le ministre, le préfet), et qu'elles excluent toute évocation [1].

B. Les coordonnées

Le droit administratif est indifférent au **lieu de l'acte** [2]. Ainsi un décret du chef de l'État peut être signé à Moscou (décret de Napoléon sur la Comédie-Française), à Colombey-les-Deux-Églises (décrets du général de Gaulle) ou dans n'importe quelle capitale étrangère [3].

Les règles sont plus contraignantes en ce qui concerne le **moment de l'acte** bien que le principe soit que l'Administration choisisse ce moment discrétionnairement [4]. Deux questions principales se posent : lorsque un texte lui fixe un délai pour prendre une décision, peut-elle prendre cet acte après expiration du délai imparti ? En l'absence de prescription législative ou réglementaire, le juge peut-il imposer à l'Administration des délais ?

I. Les délais prévus par un texte

Ils sont généralement **indicatifs** mais peuvent dans certains cas avoir un caractère **impératif**.

a) Les délais indicatifs

Lorsqu'un texte prévoit qu'un acte doit intervenir dans un délai déterminé, il est de principe que l'administration n'est pas tenue de le respecter à peine de nullité. Cette solution s'explique par le but visé : il s'agit d'*accélérer* la procédure d'émission de l'acte sans pour autant limiter dans le temps la compétence de son auteur. Annuler l'acte pour la raison qu'il est émis hors délais aurait donc un résultat opposé à celui qui est recherché. C'est ainsi qu'en présence d'une disposition législative prévoyant que des mesures d'application doivent intervenir avant l'expiration d'un délai donné, le juge affirme que la volonté du législateur est « d'assurer l'application rapide de la loi et n'a pas pour effet

---

1. Le décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du gouvernement (*JO* 28 juill. 2005) simplifie le régime de ces délégations. D'abord, il crée une délégation de signature des ministres, « de droit », à un certain nombre de catégories de fonctionnaires limitativement énumérées, tels les secrétaires généraux des ministères, les directeurs d'administration centrale, pour les actes des services placés sous leur autorité (afin d'éviter à chaque remaniement ministériel d'avoir à renouveler toutes les délégations qui sont toujours nécessairement faites). Ensuite, il permet à ces principaux responsables de subdéléguer, sur décision expresse, la signature du ministre – Comm. J. Petit, *JCP A* 2005, n° 1361 et M. Liebert-Champagne, *AJDA* 2005.1723.

2. Souvent la mention du lieu de l'acte est portée sur l'*instrumentum* (avec la date), mais elle est purement facultative.

3. Sur cette question, lire une synthèse : Ch. Eisenmann, « Les fonctions des circonscriptions territoriales dans l'organisation de l'Administration », *Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974 (t. II, p. 415). Et deux notes de jurisprudence : CE 22 déc. 1911, *Legrand et de Saint-Taurin*, *JCA* I, p. 363 note M. Hauriou ; CE 17 mars 1967, *RDP* 1968.180, note M. Waline.

4. La mention de la date d'émission n'est pas une condition de régularité formelle de l'acte ; l'absence de date n'entraîne pas, par elle-même, nullité : CE 30 juin 1952, *Balenciaga*, *R.* 340 (« L'absence de mention de la date où la décision a été prise ne saurait être regardée comme l'omission d'une formalité substantielle de nature à l'entacher d'illégalité »).

d'empêcher le gouvernement d'user de son pouvoir réglementaire après expiration dudit délai [1] ».

b) Les délais impératifs

Les délais fixés par un texte peuvent revêtir un caractère impératif dans deux cas : substitution de compétence ou institution d'une garantie pour les administrés. La première hypothèse est illustrée par les *lois d'habilitation* qui prévoient, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, que, durant une période déterminée, et par là même strictement limitée, le gouvernement peut prendre par voie d'ordonnances, des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi. L'expiration du délai met fin à la délégation exceptionnelle et rend le gouvernement de nouveau incompétent en la matière. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'éviter que l'autorité administrative ne statue trop rapidement, sans être en possession de tous les éléments et sans permettre aux intéressés de présenter leurs doléances. Ainsi, lorsque s'applique la loi du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement, la durée des *enquêtes publiques* ne peut être inférieure à un mois : cette règle est impérative car elle est, pour les intéressés, la condition qui leur permet de prendre connaissance des projets de l'administration et de présenter leurs observations [2].

II. Les délais imposés par la jurisprudence

Il arrive que le juge (sans texte) interdise à l'Administration de prendre une décision avant un certain moment (délais minimaux) ou lui prescrive de le faire avant une certaine date limite (délais maximaux). Les premiers délais sont qualifiés de délais **utiles**, les seconds de délais **raisonnables**.

a) Les délais utiles

En imposant certains délais à l'Administration, le juge entend conférer leur pleine signification à certains principes. Il en est ainsi du respect des droits de la défense : le délai utile est la période minimale permettant à l'intéressé, non seulement de recevoir communication des griefs retenus à son encontre (et, éventuellement, de son dossier en cas de procédure disciplinaire) mais encore de préparer et de faire parvenir à l'autorité tous les éléments de sa défense sans oublier le temps nécessaire à l'autorité administrative pour tenir compte de la réplique développée par son interlocuteur. Ce type de délai est illustré, par exemple, par l'affaire Nègre [3].

b) Les délais raisonnables

Ce sont des délais maximaux d'édiction d'un acte : l'Administration est tenue de ne pas les dépasser. Par exemple, un certain temps lui est laissé pour tirer les conséquences de normes législatives ou réglementaires dont l'application, en vertu de leurs dispositions, est

---

1. CE 31 mars 1950, *Société mutualiste des professions libérales*, *R.* 212. De même, CE 23 oct. 1992, *M. Diemert*, *AJDA* 1992.785 (à propos de la régularité du décret d'application de la loi du 10 juillet 1989 instituant le permis à points).
2. Loi citée *supra*, p. 394, note 1. Pour les opérations non soumises à la loi de 1983, le délai de l'enquête publique est de 15 jours.
3. CE 20 janv. 1956, *Nègre*, *R.* 24 ; v. *supra*, p. 151.

subordonnée à l'intervention d'un règlement, ou, en l'absence de mesures venant en préciser la portée, demeure impossible. Mais elle ne saurait repousser *sine die* ses obligations et ainsi les éluder. L'instauration de délais raisonnables a pour but d'éviter cette carence [1]. Si l'Administration dispose d'une certaine liberté pour fixer la date de son intervention, c'est, selon le juge, *sous réserve toutefois que son abstention ne se prolonge pas au-delà d'un délai raisonnable et ne puisse être assimilée à un refus définitif d'agir* [2]. La durée de ces délais est, par conséquent, très variable. Elle ne saurait, cependant, excéder le moment à partir duquel se trouve caractérisée, sans équivoque possible, la volonté de l'autorité administrative de ne pas faire application de l'acte initial, de n'en faire qu'une application partielle, d'en suspendre ou d'en différer l'exécution. À l'occasion d'une affaire dans laquelle l'abstention du gouvernement « s'est prolongée très largement au-delà d'un délai raisonnable » (14 ans...), le Conseil d'État affirme que « l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle » [3]. Tout dépassement présente un caractère fautif susceptible d'engager la responsabilité de l'État [4].

Le contentieux de ces retards du gouvernement dans l'édiction des décrets d'application des lois a beaucoup évolué : en 1994, le Conseil d'État a fait usage de son pouvoir de prononcer une astreinte ; il a depuis largement utilisé le pouvoir d'injonction attribué par la loi du 8 février 1995 (et qui peut être assorti d'une astreinte) [5]. Malgré tout les retards restent courants [6].

C. La procédure

Les règles de procédure [7] tendent à donner son efficacité optimale à l'action administrative, et, aussi, à protéger les droits des administrés ou des agents publics. Deux procédures ont une importance particulière.

---

1. CE 27 nov. 1964, *Ministre des Finances et des Affaires économiques c/Dame veuve Renard, R.* 590, concl. Y. Galmot.
2. CE 11 déc. 1964, *Caisse d'Allocations vieillesse des officiers ministériels, des officiers publics et des compagnies judiciaires (CAVOM), R.* 633.
3. CE 28 juill. 2000, *Association France nature environnement*, *RFDA* 2000.1167 et *Petites Affiches* nov. 2000, n° 230, note A. Laquieze. V. aussi, concernant les obligations du pouvoir réglementaire consécutives à la loi du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité : CE 28 juin 2002, *Villemain*, *AJDA* 2002.586, chron. F. Donnat et D. Casas.
4. CE 27 juill. 2005, *Association Bretagne Ateliers*, *AJDA* 2005.2172, chron. C. Landais et F. Lenica.
5. CE 11 mars 1994, *M. Soulat*, *AJDA* 1994.387 (prononcé d'une astreinte, suite à l'annulation en 1992 d'une décision implicite de rejet d'une demande tendant à ce que soient pris les décrets d'application d'une loi) ; CE 6 janv. 1995, *AJDA* 1995.104 (liquidation de l'astreinte) ; CE 26 juill. 1996, *Association lyonnaise de protection des locataires*, *RFDA* 1996.768 (application de la loi du 8 février 1995). De même que l'arrêt du 28 juillet 2000 cité ci-dessus, note 3 (injonction et astreinte).
6. V. *Le Monde* du 3 janvier 2004, « Le retard des décrets entrave l'application des lois de 2003 » (« Matignon le déplore... Reste le problème de fond, évoqué par M. Raffarin : des lois en trop grand nombre, des textes trop compliqués »). Deux ans plus tard, le même journal titre sur un même constat : « Le Sénat déplore que trop de lois restent lettre morte » (*Le Monde* 4-5 déc. 2005) – Alors pourtant, le rapport auquel il est fait référence observe un progrès par rapport aux années précédentes.
7. R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 119, 1975 (préface G. Dupuis) ; B. Delaunay, *L'amélioration des rapports entre l'Administration et les administrés*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 172, 1993.

a) Assurer le *respect des droits de la défense* est l'objectif de la **procédure contradictoire**. Ce principe du contradictoire [1], qui est un principe général du droit, connaît aujourd'hui un champ d'application large. Reprenant les termes du décret du 28 novembre 1983, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations précise, dans son article 24, que les décisions qui doivent être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979 ne peuvent intervenir « qu'après que la personne intéressée a été mise à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales ». Elle peut se faire assister par un conseil ou représenter par un mandataire de son choix. Cependant, cette loi exclut l'application en cas d'urgence ou de circonstances exceptionnelles, et lorsque cela serait de nature à compromettre l'ordre public ou la continuité des relations internationales. D'autres lois prévoient dans des domaines particuliers un régime de procédure contradictoire (par exemple, en matière de sanctions prononcées par certaines autorités administratives indépendantes) [2].

b) Éclairer les autorités administratives en toutes hypothèses est non moins fondamental : tel est le principal objectif de la **procédure consultative** qui s'exprime dans des propositions [3] ou dans des avis caractérisés par leur diversité et par la complexité de leur régime.

On distingue traditionnellement trois sortes d'avis : **l'avis conforme** doit être nécessairement *pris et suivi* par l'auteur de l'acte [4] ; **l'avis obligatoire** doit être pris, mais l'Administration n'est pas tenue de le suivre : en général, elle tient compte discrétionnairement de son contenu (elle en fait ce qu'elle veut) ; **l'avis facultatif**, enfin, peut être pris, mais l'Administration n'est pas tenue de remplir cette formalité. Une telle classification est contestable. Elle inclut abusivement l'avis conforme qui est, en réalité, une codécision [5]. Elle oublie **l'avis spontané**. Celui-ci pose un problème particulier : l'Administration

---

1. O. Schrameck, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 629 ; J.-L. Autin, « Réflexions sur le principe du contradictoire dans la procédure administrative », *EDCE* 2001, n° 52, p. 389 ; S. Caudal « Les procédures contradictoires en dehors du contentieux », *RFDA* 2001.13.

2. En dépit de son champ d'application large, le principe du contradictoire en matière administrative peut paraître présenter dans sa mise en œuvre concrète certaines insuffisances qui tiennent, sans doute, à la faible propension de l'Administration au « dialogue ». À l'avenir — si elle finissait par acquérir une force juridique obligatoire — la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pourrait imposer un conception moins restrictive : V. K. Michelet, *AJDA* 2002.949.

3. F. Moderne, « Proposition et décision. Recherches sur l'élaboration de l'acte unilatéral dans la jurisprudence administrative contemporaine », *Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, p. 595.

4. Celui-ci ne peut que suivre l'avis de l'organisme consulté ou renoncer à la décision — Sauf si l'avis est irrégulier. Auquel cas, il ne lie pas ; par exemple, malgré un avis négatif, une autorisation peut être délivrée (CE 26 oct. 2001, *Eisenchteter*, *AJDA* 2002.118, chron. M. Guyomar et P. Collin : « Considérant que si, lorsque la délivrance d'une autorisation administrative est subordonnée à l'accord préalable d'une autre autorité, le refus d'un tel accord, qui s'impose à l'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, ne constitue pas une décision susceptible de recours, des moyens tirés de sa régularité et de son bien-fondé peuvent, quel que soit le sens de la décision prise par l'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, être invoqués devant le juge saisi de cette décision » ; admettre un tel contrôle équivaut à admettre que l'autorité investie du pouvoir de décision n'a plus compétence liée en cas d'irrégularité de l'avis conforme négatif ; elle peut se faire juge de la légalité de l'avis qui lui est donné et, le cas échéant, sous le contrôle du juge, l'écarter).

5. CE 7 janv. 1955, *Ged*, *D.* 1955.69, concl. C. Mosset ; 29 janv. 1969, *Dame veuve Chanebout*, *R.* 43 ; 12 janv. 1972.

a-t-elle le droit de prendre un avis que les textes ne prévoient pas ? La réponse est affirmative. Toutefois, pour qu'une consultation de ce type ne vicie pas la décision à laquelle elle aboutit, elle doit remplir trois conditions que le commissaire du gouvernement Raymond Odent résumait ainsi dans l'affaire *Donin de Rosière* : « Il faut d'une part que les dispositions légales et réglementaires régissant la matière n'y fassent pas obstacle. Il faut, d'autre part, que l'autorité investie du pouvoir de décider ne se considère pas, à tort, liée par l'avis ou la proposition formulée. Il faut enfin, ce qui va de soi, qu'aucun vice propre n'entache la procédure suivie par l'autorité ou l'organisme ainsi consulté [1] ».

L'avis n'est pas une décision et, par conséquent, sa régularité ne peut pas être contestée directement par la voie du recours pour excès de pouvoir [2]. C'est un élément de la procédure administrative, ce qui entraîne quatre séries de conséquences.

– Lorsque l'avis est obligatoire, son absence entraîne la nullité de l'acte.

– Le décideur ne doit pas considérer qu'il est tenu par l'opinion de l'organisme consulté : il y a *incompétence* si l'auteur de l'acte renonce à sa liberté d'appréciation en se croyant lié par le contenu de la consultation dont il a bénéficié [3].

– L'irrégularité de l'avis peut entraîner celle de l'acte qu'il prépare. En d'autres termes, il ne suffit pas de prendre un avis, encore faut-il le faire dans de bonnes conditions : la composition de l'organisme consulté doit être régulière, le quorum doit être atteint au moment de la délibération, le principe d'impartialité doit être respecté, etc. [4]

– La consultation doit, en particulier, être complète. À cet égard, deux sortes d'avis sont à distinguer. Dans le cas des *avis obligatoires du Conseil d'État*, le gouvernement peut ou bien maintenir son texte ou bien adopter celui du Conseil d'État (sans pouvoir retenir en définitive une troisième solution). Dans toutes les *autres hypothèses*, il suffit que la consultation ait porté sur l'ensemble du problème, et l'Administration peut modifier son projet même sans retenir la suggestion formulée par l'organisme consulté. En somme, la règle qui vaut pour le Conseil d'État interdit tout *projet nouveau* tandis qu'en règle générale, seule est exclue la *question nouvelle* [5]. Cette différence de statut juridique

---

1. CE 26 janv. 1951, *Donin de Rosière*, *S.* 1952.3.9, concl. R. Odent.
2. Il y a pourtant des exceptions, notamment à propos de certains avis conformes. V. CE 30 déc. 2003, *Mme M., AJDA* 2004.206, chron. F. Donnat et D. Casas, mettant en avant « le souci de pragmatisme du Conseil d'État ».
3. CE 25 mai 1962, *Bounec*, *R.* 349.
4. Le principe d'impartialité est un principe général du droit qui s'applique même en l'absence de tout texte. Interviennent aussi des dispositions réglementaires contenues dans le décret du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'Administration et les usagers (*JO* 3 déc. 1983). L'article 13 (chapitre 3), indique, notamment, que « les membres d'un organisme consultatif ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en fait l'objet » et que « la violation de cette règle entraîne la nullité de la décision subséquente lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération ».
5. La jurisprudence est constante et claire : CE 26 oct. 1956, *Dlle Cavalier*, *R.* 387, *AJDA* 1957, n° 2, p. 29, concl. M. Long ; CE 7 févr. 1968, *Ministre de l'Économie et des Finances c/Sieurs Beau et Girard*, *R.* 95. V. aussi *supra*, p. 196. À comparer avec CC 3 avr. 2003 (*JO* 12 avr. 2003), loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen (annulation pour *vice de procédure* consécutif à l'irrégularité de la consultation du Conseil d'État sur un projet de loi : « *l'ensemble des questions posées* par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation ») — En excluant seulement toute *question nouvelle*, le Conseil constitutionnel applique aux avis du Conseil d'État sur les projets de loi une règle que celui-ci écarte lorsqu'il s'agit des avis qu'il rend sur les projets de décret.

s'explique, au moins partiellement, par l'ordre des consultations : le Conseil d'État intervient toujours le dernier et son rôle prééminent consiste à faire la synthèse des consultations précédentes tout autant qu'à exprimer sa propre opinion. D'ailleurs l'importance de l'avis obligatoire du Conseil d'État se reflète au contentieux : les irrégularités qui l'affectent sont considérées comme un vice d'incompétence (moyen d'ordre public) et non comme un vice de procédure [1].

D. La forme

Les diverses règles relatives à la forme des actes ont une importance inégale. Ce qui est essentiel c'est le fond et non les formes, qui n'en sont que l'expression. Toutefois le régime juridique relatif à la forme est loin d'être négligeable : il est évident qu'une bonne compréhension du contenu au fond des décisions n'est possible que si la présentation est claire, précise et rigoureuse [2]. A l'époque contemporaine, un certain formalisme tend de plus en plus à être imposé par le législateur, dans un souci de protection des droits des administrés.

I. La présentation générale de l'acte

– Un très grand nombre d'actes sont des *décisions explicites* (ou expresses). Elles se présentent souvent sous la forme d'un *écrit* mais ce n'est pas toujours le cas. Il existe des *décisions « gestuelles »* (ordre de l'autorité de police administrative, sonnerie du tocsin, signaux lumineux, etc.). De même, des *décisions verbales* sont constitutives d'un acte normateur dans de nombreux cas. Ainsi en est-il de l'ordre donné par un maire, prescrivant de déposer dans l'église le corps d'un noyé [3], du licenciement d'un secrétaire de mairie, d'une délégation donnée par téléphone, d'une décision enjoignant à un magistrat de cesser ses fonctions administratives [4]. En outre, bien avant que ne s'impose aujourd'hui la signature électronique, l'évolution technique a fait apparaître les décisions par télex dont le juge a estimé qu'elle sont attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir [5].

– Les décisions ne sont cependant pas toujours formulées expressément : certaines sont des *décisions implicites*. Correspondant à l'inertie de l'Administration, à son **silence** suite à une demande, elles ont un caractère fictif mais sont dotées d'une valeur en droit. La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, tout en posant de nouvelles règles, a confirmé ce phénomène. Et cela d'autant plus que la portée du silence, ses effets, peuvent être doubles. L'adage « qui ne dit mot consent » n'est pas applicable, en règle générale, à l'Administration : son silence vaut en principe refus. Cependant, le silence peut valoir acceptation, dans les cas prévus par décrets en Conseil d'État.

---

1. V. dossier 13, p. 629 (et il en va de même pour les avis conformes).
2. V. Le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires* (La Documentation française, 2005) élaboré par des membres du secrétariat général du gouvernement et du Conseil d'État – dont un extrait est reproduit, *infra*, p. 500.
3. CE 9 janv. 1931, *Cadel*, *S.* 1932.3.41 « L'ordre verbal donné par le maire constituait, quel que fût son caractère, une décision prise par une autorité administrative ».
4. CE 2 juin 1938, *Sieur Cestellani*, *R.* 505 ; 11 juin 1948, *Saborot*, *R.* 260 ; 3 nov. 1961, *Canet*, *AJDA* 1962.315.
5. CE 30 juin 1978, *Syndicat national de l'enseignement supérieur*, *R. tables*, 838.

Le *silence-refus* correspond à ce que l'on appelle traditionnellement une **décision implicite de rejet** : toute demande est réputée rejetée dès lors qu'il n'y est pas répondu dans un délai de deux mois, et un recours contentieux peut être intenté contre cette décision implicite.

Le *silence-acceptation* tend soit à assouplir les contrôles (système de l'approbation tacite des délibérations des assemblées délibérantes des organismes décentralisés) soit à accélérer la prise de décision (octroi tacite du permis de construire). Le délai de formation de ces **décisions implicites d'acceptation** est aussi en principe de deux mois, mais il peut être (comme d'ailleurs pour les décisions de rejet) plus bref ou plus long [1]. Ces décisions d'acceptation présentent un intérêt pour les administrés dans la mesure où elles simplifient le processus décisionnel. C'est ainsi que, dans le cadre de la politique de modernisation administrative, le gouvernement, à la fin des années 1990, a étendu par décret à de nombreux domaines le régime de l'accord implicite.

Les règles de forme (ainsi que les règles de procédure), s'appliquent *mutatis mutandi* aux décisions gestuelles, verbales ou implicites [2].

Les décisions implicites ne sont pas sans inconvénients pour les administrés en raison de leur incertitude. À cet égard, la loi du 12 avril 2000 confirme une garantie qu'apportait le décret du 28 novembre 1983 en posant l'obligation pour l'Administration de transmettre un *accusé de réception* à l'auteur d'une demande adressée à celle-ci [3]. Cet accusé de réception, selon le décret du 6 juin 2001 [4], doit notamment mentionner le délai à l'expiration duquel, à défaut d'une décision expresse, la demande sera réputée acceptée ou rejetée, ainsi que les délais et voies de recours contre une décision implicite de rejet.

II. Les visas

Tout acte administratif repose sur une *base juridique* : une décision individuelle se fonde sur une norme générale et un règlement se rattache toujours à une règle supérieure. De plus, sa régularité peut dépendre d'*actes antérieurs* qui n'en sont pas pour autant la base juridique. Par exemple, la substitution de l'autorité de tutelle à l'organe d'une collectivité décentralisée n'est possible qu'après une mise en demeure ; de même, l'acte du délégataire dépend d'une délégation antérieure qui doit être régulière, etc.

Les **mentions** de tous ces actes antécédents (bases juridiques et éléments de procédure) sont des **visas**. Si l'importance pratique de ceux-ci n'est pas négligeable, leur portée juridique est très limitée : ce ne sont pas des éléments de régularité de l'acte et ils ne permettent pas de le qualifier.

---

1. V. *supra*, p. 53.
2. V. le cas d'une décision implicite irrégulière en raison de l'absence d'un avis conforme : CE 29 janv. 1969, *Dame veuve Chanebout*, *R.* 43 ; V. aussi le cas où la décision doit être motivée, ce qui, sauf aménagements législatifs particuliers, rend nécessairement irrégulière la décision implicite : CE 15 juill. 1964, *Duquenoix*, *R.* 424.
3. Lorsqu'une demande est adressée à une autorité incompétente celle-ci doit la transmettre à l'autorité compétente qui délivre l'accusé de réception. Toutefois il faut noter que le délai au terme duquel est susceptible d'intervenir une décision implicite de rejet court à compter de la date à laquelle a été reçue la demande par l'autorité initialement saisie.
4. Décret du 6 juin 2001 pris pour l'application de la loi du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives (*JO* 10 juin 2001).

– La règle est que les **visas sont facultatifs** : l'absence de visa n'est pas un vice de forme [1]. Cette règle entraîne un corollaire : l'erreur dans les visas n'est pas un vice de l'acte provoquant sa nullité, qu'il s'agisse d'une inexactitude dans le visa d'une loi, d'une délégation, d'une proposition [2].

– Les **visas ne qualifient pas l'acte**. Dans la célèbre affaire *Frampar* [3], le Conseil d'État a précisé qu'un arrêté préfectoral n'était pas une mesure de police judiciaire bien qu'il vise le Code d'instruction criminelle (devenu depuis le Code de procédure pénale) : « Les saisies litigieuses de journaux ont eu pour objet, non de constater des crimes ou délits, mais d'empêcher la diffusion dans le département d'Alger d'écrits insérés dans les numéros précités du journal susmentionné ; nonobstant les visas des arrêtés, les saisies dont il s'agit présentent, en réalité, le caractère de mesures administratives ».

III. La motivation

Les motifs sont des éléments essentiels du processus de décision. Ils reflètent les données de fait et les arguments de droit qui ont conduit l'autorité à prendre la décision. Leur contestation par le requérant ainsi que leur examen par le juge constituent l'une des pièces maîtresses du contentieux administratif. Mais le problème posé à propos des formes, et donc de la régularité externe d'un acte, est tout autre : il s'agit seulement de savoir si l'**expression des motifs** (précisément la **motivation**) doit ou non figurer sur l'*instrumentum* (le document écrit qui consigne la décision) [4]. Jusqu'en 1979, l'Administration pouvait motiver expressément ses décisions, mais, sauf dans quelques cas limités, elle n'était pas tenue de le faire. Désormais, en application d'une loi du 11 juillet 1979 [5], l'Administration est dans l'*obligation de motiver de nombreuses décisions individuelles défavorables, ainsi que les décisions individuelles qui dérogent aux règles générales fixées par la loi ou le règlement.*

a) La motivation avant 1979

La règle était l'**absence d'obligation de motiver** les décisions en cas de silence des textes. Les formules retenues par le Conseil d'État, les tribunaux administratifs et la Cour de cassation étaient similaires pour affirmer le caractère facultatif de la motivation. Il n'en

---

1. Pour les visas relatifs à la base juridique de l'acte, CE 5 nov. 1948, *Dame Naudou*, *R.* 524 (*tables*) : « L'absence de références aux textes en vertu desquels un acte administratif a pu légalement être pris, ne constitue pas une irrégularité de nature à entraîner l'annulation de cet acte ».
2. CE 25 avr. 1947, *Ampoulange*, *R.* 164 ; 30 juill. 1949, *Veuve Robinée de Plas*, *R.* 416 : « Considérant... qu'il ressort des pièces du dossier que l'arrêté attaqué a été pris en application de la loi du 1er mars 1942 ; que le fait que l'affiche contenant ampliation dudit arrêté et apposée sur l'immeuble de dame Robinée de Plas, a, par erreur, visé la loi du 11 oct. 1940, abrogée, par la loi du 1er mars 1942, est sans influence sur la légalité dudit arrêté ».
3. CE 24 juin 1960, *Frampar*, *RDP* 1960.815, concl. C. Heumann ; *GAJA* no 80.
4. La distinction entre ces deux questions (celle de la valeur des motifs au fond et celle de leur expression écrite) est clairement formulée par le Commissaire du gouvernement dans l'affaire *Barel* de 1954 : « La règle suivant laquelle les actes administratifs n'ont pas à être motivés a pour conséquence de supprimer à leur égard le vice de forme tiré du défaut de motifs : elle n'a ni pour but ni pour effet de soustraire l'Administration à l'obligation de faire connaître au juge de l'excès de pouvoir les motifs des actes attaqués devant lui » (V. G. Dupuis, « Les motifs des actes administratifs », *EDCE* 1974-1975 p. 13).
5. Loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'Administration et le public (*JO* 12 juill. 1979 ; également dans le *Code administratif* Dalloz et le *Code de l'administration* Litec).

existait pas moins déjà des **exceptions** textuelles (législatives ou réglementaires) : notamment dans les rapports entre les collectivités décentralisées et les autorités de tutelle (par exemple la décision de suspendre ou de dissoudre un conseil municipal), ou encore en matière de sanctions disciplinaires dans la fonction publique. Le juge de son côté imposait la motivation alors qu'elle n'était pas expressément prévue par une norme légiférée dans des cas qui restaient rares. Il s'agissait essentiellement de décisions prises par des organismes « parajuridictionnels » comme les commissions du remembrement rural (les décisions ayant alors à être motivées comme les décisions juridictionnelles) [1] ou de décisions émanant d'organismes professionnels extérieurs à l'Administration, dont la motivation est pratiquement indispensable pour connaître les motifs de la décision [2]. Mais le Conseil d'État avait clairement manifesté sa volonté de freiner l'évolution vers une large admission de l'obligation de motiver [3].

b) La motivation depuis 1979 [4]

Il n'y a toujours pas d'obligation générale de motiver, mais la motivation est désormais très largement imposée [5].

L'article 1 de la loi du 11 juillet 1979 commence par affirmer que « les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des **décisions administratives individuelles défavorables** qui les concernent ». Dans la suite du texte, est faite une énumération des décisions devant être motivées : *les mesures de police, les sanctions, les retraits ou abrogations de décisions créatrices de droits*, etc. [6] Cette motivation (selon l'article 3) « doit être écrite et comporter l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision ».

L'article 2 de la loi ajoute que « doivent également être motivées les **décisions administratives individuelles qui dérogent aux règles générales** fixées par la loi ou le règlement ». De telles décisions sont fréquentes notamment en matière d'urbanisme ou de droit du travail (à propos, par exemple, du repos hebdomadaire ou du travail de nuit).

Les limites à l'obligation de motiver sont au nombre de trois. L'**urgence absolue** peut empêcher la motivation : l'acte est alors régulier, mais l'intéressé qui en fait la demande doit obtenir la communication des motifs dans un délai d'un mois. Une autre limite provient des textes législatifs qui interdisent « la divulgation ou la publication de faits

---

1. CE 14 juin 1946, *Van Den Vergaete*, *S.* 1946.III.23 ; 24 janv. 1950, *Billard*, *S.* 1950.III.41, concl. M. Letourneur.
2. CE 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille Fret, Compagnie générale transatlantique et autres*, *RDP* 1971.987, concl. M. Gentot.
3. CE 26 janv. 1973, *Ministre de la Justice c/Sieur Lang*, *DS* 1973.606, note B. Pacteau.
4. J.-Y. Vincent, « Motivation de l'acte administratif », *J. Cl. Adm.*, Fasc. 107-30.
5. Une loi du 17 janv. 1986, portant diverses dispositions d'ordre social, a modifié la loi de 1979 en ajoutant aux cas de motivation obligatoire les refus d'autorisation. Qui plus est, la loi de 1979 n'est pas l'unique source de l'obligation de motiver certaines décisions. Diverses lois posent toujours cette exigence pour des cas particuliers, de même que la jurisprudence.
6. La loi de 1986 modifiant celle de 1979, une circulaire du 28 septembre 1987 (*JO* 20 oct. 1987) présente l'économie générale du dispositif législatif ainsi que les prescriptions relatives à la rédaction de la motivation. En annexe, elle comprend la liste, établie par ministère, des actes qui doivent être motivés. *Adde* : circulaire du 2 juin 1992 relative à l'application aux collectivités territoriales de la loi du 11 juillet 1979 et circulaire du 4 juin 1992 relative à la motivation des décisions individuelles des organismes de Sécurité sociale (*JO* 22 juill. 1992).

couverts par le **secret** ». Enfin une **décision implicite** intervenue dans le cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas irrégulière du seul fait qu'elle n'est pas assortie de la motivation ; l'intéressé peut, comme dans le cas d'urgence absolue, solliciter la communication des motifs dans les délais du recours contentieux (ils « devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande »).

De nombreuses difficultés d'application de la loi sont apparues. Elles ont conduit le juge à sanctionner une tendance de l'Administration à ne pas tenir suffisamment compte des dispositions législatives, et à s'en tenir à une motivation trop générale ou stéréotypée ; cependant la jurisprudence est variable et complexe [1]. N'apparaît-elle pas aujourd'hui, tout comme la législation, trop restrictive ? [2]

IV. La présentation du dispositif

L'usage est de rédiger les textes normatifs sous la forme d'une série d'articles numérotés mais il n'y a là nulle obligation juridique. La preuve en est que des circulaires qui se présentent comme un texte continu sont parfois considérées comme de véritables règlements [3].

V. Les signatures

Un acte n'existe qu'après avoir été signé [4]. De plus, un grand nombre de décrets doivent être *contresignés* (articles 19 et 22 de la Constitution) [5]. Et, dans le souci d'une meilleure transparence administrative, la loi du 12 avril 2000 dispose que les décisions des autorités administratives (mentionnées à son article 1er) doivent comporter, outre la signature, la mention, en *caractères lisibles*, du prénom, du nom et de la qualité de l'auteur [6].

§ 2. Les éléments de régularité interne de l'acte

Les règles concernent là le *contenu* (l'objet de l'acte), lequel résulte, d'une part, des données de droit et de fait (les *conditions de fond*) qui ont conduit l'autorité administrative à agir, et, d'autre part, du *but* recherché par cette autorité.

---

1. V. par exemple, sur le contenu de la motivation : CE 24 juill. 1981, *Belasri*, *AJDA* 1981.464 ; CE 3 déc. 1993, *Département de Seine-et-Marne*, concl. J.-Cl. Bonichot, *RFDA* 1994.1048. Sur l'exception tenant à l'urgence absolue : CE 13 janv. 1988, *Abina*, concl. O. Schrameck, *AJDA* 1988.225.
2. V. en ce sens, et concluant que sous l'influence du droit communautaire le droit français devrait évoluer vers un élargissement de l'obligation de motivation, K. Michelet, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la procédure administrative non contentieuse », *AJDA* 2002.949.
3. V. *infra*, p. 621.
4. S'il peut désormais s'agir d'une **signature électronique**, en vertu de l'article 8 de l'ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives, « celle-ci n'est valablement opposée que par l'usage d'un procédé, conforme aux règles du référentiel général de sécurité mentionné au I de l'article 9, qui permette l'identification du signataire, garantisse le lien de la signature avec l'acte auquel elle s'attache et assure l'intégrité de cet acte ».
5. V. *supra*, p. 103 sur le contreseing et *infra*, p. 482 au sujet des effets de la signature d'un acte.
6. Est ainsi « entaché d'une irrégularité substantielle et, par suite, d'illégalité », le permis de construire comportant la mention « Le maire » mais ne portant ni son nom ni son prénom : CAA de Nancy 17 nov. 2005, *M. Julien Bastien*, *AJDA* 2006.816, note S. Saunier (montrant une jurisprudence « hésitante » sur ce qui est ou non substantiel).

A. Les conditions de fond

Lorsqu'une autorité édicte un acte, elle se fonde à la fois sur une règle de droit et sur une situation de fait. Ces éléments de droit et de fait qui sous-tendent le raisonnement de l'autorité dans le processus de décision constituent les **motifs** de l'acte.

I. Les motifs de droit

a) Toute norme administrative repose sur une norme antérieure qui en est la *base légale* ou mieux la **base juridique**. Dans le cas d'un règlement d'application d'une loi, par exemple, c'est cette dernière qui sert de fondement (ou de fondation) au règlement ; les règlements autonomes, de leur côté, ont aussi une base juridique, ce n'est pas une loi, par définition, mais c'est l'article 37 de la Constitution ou encore le principe jurisprudentiel d'après lequel l'autorité exécutive bénéficie d'une investiture générale pour assurer le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics, ce qui lui permet de se substituer au législateur défaillant. Lorsqu'un acte est dépourvu de base juridique, ou bien lorsque sa base juridique est elle-même irrégulière, il peut être annulé par le juge. Tel est le cas si le fondement de l'acte n'existe plus ou n'existe pas encore, c'est-à-dire s'il a été abrogé ou s'il n'a pas été publié [1].

b) Encore faut-il, pour que son acte soit régulier, que l'Administration reste dans le « **champ d'application de la loi** ». Un texte s'applique à telle situation, à telle catégorie de personnes et non à telle autre (par exemple un texte donne la possibilité d'attribuer des gratifications à une catégorie d'agents mais ce texte est inapplicable à d'autres agents).

c) D'une manière générale, une autorité administrative doit non seulement se fonder sur une base juridique régulière mais aussi l'**interpréter correctement**. Quelle que soit par ailleurs la liberté dont elle peut disposer dans l'appréciation des faits, l'Administration ne peut méconnaître les conditions juridiques établies par les textes pour l'exercice de son pouvoir : par exemple, les conditions exigées pour l'autorisation d'une activité, ou celles qui sont requises pour l'inscription des étudiants à l'université. De même si, en vertu des textes, l'Administration dispose d'une liberté de choix, elle ne peut se considérer comme obligée d'agir dans un sens déterminé : elle interprète alors de façon erronée un texte qui n'institue pas une compétence liée.

II. Les motifs de fait

a) Le plus souvent, et notamment dans le cas des décisions individuelles, une autorité administrative ne peut poser une norme qu'en présence de certains faits. Ainsi, la *faute* du fonctionnaire est-elle la condition de fond de la sanction disciplinaire prononcée par son supérieur. De même un maire ne peut interdire une réunion que dans le cas où il y a vraiment *menace à l'ordre public*. Néanmoins, à côté des **pouvoirs conditionnés** (qui sont les plus fréquents), il existe des **pouvoirs** qui sont en principe **inconditionnés** : le *pouvoir du législateur ;* le *pouvoir réglementaire autonome* prévu à l'article 37 de la Constitution de 1958. Certes ici les autorités se fondent sur une situation de fait qu'elles entendent régir, mais il n'y a pas normalement de condition quant à l'existence de certains faits déterminés.

---

1. V *infra*, p. 631.

b) La régularité de l'acte dépend donc, en général, de faits dont il convient de vérifier à la fois qu'ils existent et qu'ils sont bien ceux prévus par le droit positif pour que la décision soit possible ou nécessaire selon les cas.

– Il n'est pas toujours facile d'établir l'**existence matérielle des faits** mais le dossier et l'instruction le permettent généralement, et le juge contrôle toujours cette « matérialité » des faits. Ainsi, dans une affaire célèbre [1], un maire avait été suspendu puis révoqué. Les textes en vigueur prévoyaient bien de telles sanctions mais exigeaient qu'elles ne soient prises que pour sanctionner des fautes commises par l'élu dans l'exercice de ses fonctions. Or, il était reproché au maire, d'une part, de ne pas avoir veillé à la décence d'un convoi funèbre et, d'autre part, d'avoir exercé des vexations à l'égard d'une ambulance privée. Mais la première série de reproches était inexacte : contrairement aux allégations motivant les décisions, le maire n'avait pas fait introduire le cercueil par une brèche ouverte dans le mur du cimetière et n'avait pas fait creuser une fosse de dimensions insuffisantes. Quant aux autres faits, ils n'étaient pas clairement établis et surtout, ils ne constituaient pas des fautes commises par le maire dans l'exercice de ses fonctions. Les sanctions étaient donc irrégulières.

– Quant à la **qualification juridique des faits**, l'Administration, dans un premier temps, puis, éventuellement, le juge, s'il est saisi du problème, en décident et, bien entendu, ils ne sont pas nécessairement d'accord. Par exemple, dans un autre arrêt lui aussi fort connu [2], le Conseil d'État a refusé de qualifier la place Beauvau à Paris de *perspective monumentale* malgré l'opinion du préfet de la Seine ; au contraire, dans une espèce plus récente, il affirma que le massif de la Clape dans le département de l'Aude « doit être regardé comme présentant le caractère d'un *site pittoresque* au sens des dispositions de l'article 4 de la loi du 2 mai 1930 modifiée par celle du 28 décembre 1967 » et confirma ainsi la mesure de classement prise par décret [3].

B. Le but

Le but visé par l'auteur de l'acte (ses mobiles) est également pris en considération par le droit : tout acte administratif doit être fait en vue de l'**intérêt général**. Deux sortes de règles sont plus précisément à distinguer.

I. Règles d'exclusion de buts

Elles découlent logiquement de l'obligation d'agir dans l'intérêt général et ne sont jamais que l'expression de ses possibles violations. Ainsi tout acte accompli par un agent pour satisfaire son *intérêt personnel* est irrégulier, qu'il s'agisse, par exemple, d'assouvir

---

1. CE janv. 1916, *Camino*, *RDP* 1916.463, note G. Jèze ; *GAJA* n° 30.
2. CE 4 avr. 1914, *Gomel*, *S.* 1917.3.25, note M. Hauriou ; *GAJA* n° 29.
3. CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et Union syndicale de défense des propriétaires du massif de la Clape*, *ADJA* 1975.311, concl. G. Guillaume.

une vengeance personnelle ou idéologique ou de servir ses propres intérêts financiers ou encore les intérêts particuliers d'une catégorie de personnes [1].

II. Règles d'assignation de buts

Elles précisent en quelque sorte l'intérêt général, fixant pour telle ou telle autorité administrative un but spécifique. Ainsi la police des établissements dangereux et insalubres a pour fonction d'éviter toute atteinte à la salubrité publique ; le préfet ne peut exercer les pouvoirs qu'il détient à ce titre pour régler des problèmes financiers [2]. De même, le maire ne saurait utiliser ses compétences en matière de police en vue d'augmenter les ressources de la commune [3]. Mais il arrive parfois que le droit soit muet sur le but à poursuivre : ainsi la « désinvestiture » de certains hauts fonctionnaires est-elle un acte sans but assigné [4].

Il faut ici souligner le lien étroit entre le but, spécialement lorsqu'il s'agit d'un but assigné, et le contenu de la décision. En admettant que le but visé soit licite en lui-même, la mesure prise peut être irrégulière parce qu'elle n'est pas adéquate au but visé ou parce qu'elle n'est pas nécessaire pour atteindre le but visé. Le juge est alors conduit à *apprécier la régularité de l'acte* en se fondant sur le **principe de proportionnalité** [5].

C. Le contenu

Les normes administratives qui constituent le contenu de l'acte doivent respecter l'ordonnancement juridique. Si une norme est contraire à une autre norme de valeur supérieure il y a, selon l'expression habituelle « violation directe de la règle de droit dans l'objet de l'acte ».

Toute norme administrative est ainsi comprise dans une hiérarchie et elle doit respecter les normes supérieures qui forment deux groupes bien distincts.

Certains éléments de l'ordre juridique sont extérieurs à l'Administration et s'imposent à toutes les autorités administratives : la Constitution et son Préambule, les principes généraux du droit, les traités internationaux, les lois. Encore faut-il préciser que les décrets de l'article 37 échappent à toute emprise de la loi : ils sont pris dans un domaine « sans loi ».

Certains éléments de l'ordre juridique émanent de l'Administration mais s'imposent à elle [6]. En premier lieu, aucune autorité administrative ne peut écarter par un acte individuel, une règle générale posée par l'autorité compétente, au moins, en principe, car les *dérogations* sont en réalité très nombreuses même si elles sont très critiquables. En

---

1. CE 14 mars 1934, *Demoiselle Rault*, *R.* 337 ; CE 25 janv. 1991, *Brasseur*, *RFDA* 1991.587 : est un détournement de pouvoir le fait pour un maire de limiter strictement le commerce ambulant non dans un but d'ordre public mais pour protéger les intérêts des commerçants de la commune.
2. CE 26 nov. 1875, *Pariset*, *R.* 934, *GAJA* n° 4.
3. CE 4 juill. 1924, *Beaugé*, *R.* 641.
4. CE 13 mars 1953, *Teissier*, *D.* 1953.735, concl. J. Donnedieu de Vabres.
5. V. l'application de ce principe dans le domaine de la police administrative (p. 517) et de l'expropriation (p. 633).
6. V. J.-Fr. Lachaume, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », tome 65, 1966.

second lieu, entre deux actes réglementaires ou deux actes individuels, la décision prise par l’autorité supérieure s’impose à celle que prend l’autorité subordonnée. En troisième lieu, entre deux actes de même nature émanés d’une même autorité, l’acte le moins solennel doit respecter les dispositions de l’acte intervenu dans les formes les plus solennelles (par exemple le décret en Conseil d’État s’impose au décret simple).

Chapitre 2

L'exécution des actes administratifs unilatéraux

Les actes administratifs unilatéraux affectent l'ordonnancement juridique : ils produisent des effets de droit. La première question qui se pose est celle de l'*insertion des actes dans le temps :* à partir de quand et jusqu'à quand peuvent-ils produire des effets, et quelle peut être l'influence de circonstances de temps sur leur régime ? La seconde question concerne le *régime de l'exécution des actes*. Bénéficiant d'une présomption de légalité, ils sont obligatoires immédiatement ; mais quelle est exactement la portée de cette obligation d'exécution ?

Section 1
L'acte administratif unilatéral et le temps

§ 1. L'entrée en vigueur de l'acte [1]

a) Le problème ne se pose que pour les *actes écrits*. Il est résolu, dans le droit positif français, par **deux règles** principales :

– *L'acte n'est opposable qu'après avoir fait l'objet d'une publicité* — une « divulgation » dit-on aussi. Celle-ci prend des formes diverses. Pour les actes individuels, il s'agit d'une **notification** adressée *nominalement* aux destinataires de la décision [2]. Pour les actes réglementaires et particuliers, il s'agit d'une **publication** dans le *Journal officiel*, un bulletin administratif, la presse locale, par voie d'affichage ou encore sur un site intranet, etc. Sauf circonstances particulières y faisant obstacle, en vertu d'un principe général du

---

1. B. Seiller, « L'entrée en vigueur des actes administratifs », *AJDA* 2004.1463 – Cette entrée en vigueur des actes soulève non seulement le problème de leur existence juridique mais aussi celui de leurs effets dans le temps. Le principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs implique que ceux-ci ne peuvent disposer que pour l'avenir, toutefois il existe des exceptions. V. *supra*, p. 153.
2. Selon le décret du 28 novembre 1983 (art. R. 421-5 du CJA), elle doit comporter la mention des voies et délais de recours, faute de quoi le délai contentieux n'est pas déclenché (le Conseil d'État en a tiré une règle en matière de retrait des actes administratifs ; v. *infra*, p. 486).

droit, « l'autorité administrative est tenue de publier dans un délai raisonnable les règlements qu'elle édicte ». [1]

Sont publiés au *Journal officiel* : « ...les ordonnances, les décrets et, lorsqu'une loi ou un décret le prévoit, les autres actes administratifs » ; cette publication est assurée « le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique » [2]

– *Dans certains cas, l'acte n'est applicable qu'une fois écoulé un certain délai après la publicité*. Ainsi, et comme les lois, « lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel* de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication ». [3]

b) Ces données relativement simples conduisent à se poser **deux questions**, la première plus pratique, la seconde plus théorique : quel est le statut juridique d'un acte entre sa signature et sa divulgation ? Quelle est la meilleure interprétation synthétique de ce régime composite ?

- L'acte entre la signature et la publicité

L'acte n'est pas opposable [4] mais, d'après la jurisprudence, son **existence** attestée par sa signature entraîne *deux séries de conséquences*. En premier lieu, un acte réglementaire peut servir de fondement à d'autres actes réglementaires sans attendre sa publication, sous réserve qu'ils ne prennent pas effet avant cette publication [5]. En second lieu, une décision

---

1. CE 12 déc. 2003, *Syndicat des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, *AJDA* 2004.442, note H.M.

2. Ord. 20 févr. 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. Deux décrets ont précisé : l'un, du 28 mai 2004, fixe les catégories d'actes individuels ne pouvant faire l'objet d'une publication sous forme électronique au *JO* ; l'autre, du 29 juin 2004, à l'inverse, énumère des catégories d'actes qui ne figureront que dans l'édition électronique du *JO*. S'agissant des actes des collectivités territoriales, v. CE 27 juill. 2005, *M. Charles Million*, *AJDA* 2005.2462, note L. Janicot. Il faut rappeler aussi qu'aux mesures de publicité s'ajoute, pour les actes les plus importants de ces collectivités, l'obligation de transmission au préfet.

3. Article 1er du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 20 février 2004. Toutefois, est-il précisé, « l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures. En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels ». Cette ordonnance, fait suite à une étude du Conseil d'État (*publication et entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs*, La Documentation française, 2001). Elle remplace des dispositions jugées depuis longtemps archaïques et inadaptées parce que conçues, au XIXe siècle, alors que les moyens de communication n'étaient pas ce qu'ils sont aujourd'hui.

4. Généralement, les juristes écrivent que l'acte n'est pas opposable aux tiers, ce terme désignant dans leur esprit des *tiers à l'auteur de l'acte* qui sont, en réalité, les *sujets des normes* de l'acte (de ses dispositions) les « destinataires » ou « adressataires » de l'acte et pas du tout les tiers à l'acte (V. *supra*, p. 462).

5. CE 18 juill. 1913, *Syndicat national des Chemins de fer de France et des colonies*, *S.* 1914.III.1, note M. Hauriou. Et, CE 30 juill. 2003, *Groupement des éleveurs mayennais de trotteurs (GEMTROT)*, *RFDA* 2003.1134, concl. F. Seners ; *AJDA* 2003.1813, chron. F. Donnat et D. Casas ; arrêt précisant que ne peuvent être appliquées, par anticipation, avant leur publication, de nouvelles règles de procédure (dans cette affaire, un arrêté du 14 mars 2001 supprime une consultation prévue par un arrêté de 1990, pour prendre un certain arrêté, lequel donc est pris — sans consultation — par arrêté du 15 mars 2001, les deux arrêtés étant publiés au *JO* du 22 mars 2001 ; celui attaqué du 15 est annulé au motif qu'il méconnaît le

individuelle est créatrice de droits dès sa signature [1] et, par conséquent, elle ne peut pas être retirée [2].

- *Les interprétations théoriques*

En présence de ces solutions diverses, les administrativistes français soutiennent des vues opposées : « Les uns professent ce que l'on peut appeler la *« théorie de la signature »*, les autres, la *« théorie de la publication »* — il s'agit naturellement de la signature ou de la publication des actes, écrits ou documents où les normes sont énoncées, consignées, relatées » [3]. Pour les premiers, l'entrée en vigueur est le fait de la signature et intervient donc à la date de celle-ci ; pour les seconds, c'est la publication qui confère à l'acte sa valeur normatrice et sa date réelle [4]. Des arguments solides peuvent être invoqués à l'appui des deux thèses mais il est clair que, si l'acte signé est plus qu'un simple projet d'acte, ses normes ne deviennent vraiment des éléments de l'ordre juridique que par la publicité de l'acte. Dans sa radicalité, la « théorie de la signature » doit être rejetée. Ce qui explique la jurisprudence *GEMTROT* selon laquelle ne peut être suivie, pour l'édiction d'un acte, une procédure prévue par un texte non publié. S'il existe bien, faute de publicité, le texte n'est pas en vigueur. Au fond, la signature d'une décision n'emporte que trois conséquences significatives : sans attendre sa publication ou sa notification, elle est invocable par ses destinataires, un recours pour excès de pouvoir est recevable contre elle, enfin, elle peut servir de fondement à certaines mesures d'application.

§ 2. La sortie de vigueur de l'acte [5]

L'acte administratif disparaît souvent de lui-même, tout simplement parce qu'il cesse de produire ses effets : par exemple, au terme de la durée d'application qu'il prévoyait. Parfois aussi sa sortie de vigueur résulte d'une nouvelle décision de l'administration et donc d'un *acte distinct de l'acte initial*. Cela va de soi. Il est difficile d'imaginer que les autorités publiques se lient *ad aeternam* quand elles prennent une décision. Elles doivent pouvoir la reconsidérer notamment en cas d'évolution du droit ou des faits l'ayant motivée [6].

Différents éléments relatifs à l'acte mis en cause sont à prendre en compte qui déterminent la possibilité ou même, dans certains cas, l'obligation d'intervenir.

« principe selon lequel la légalité d'un acte administratif s'apprécie au regard des dispositions en vigueur à la date de sa signature »).

1. CE 19 déc. 1952, *Dlle Mattéi*, *R.* 594 ; 14 mai 1954, *Clavel*, *R.* 270, concl. P. Laurent.

2. Sous réserve des cas étudiés p. 486.

3. C. Eisenmann, « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *Mélanges Stassinopoulos,* LGDJ, 1974, p. 201 ; v. aussi J.-P. Dubois, « L'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *Études en l'honneur de G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 103.

4. On notera que, dans la pratique, la date d'un acte est celle de sa signature et non de sa publication et qu'il y a parfois des décalages importants entre les dates de ces deux opérations.

5. La terminologie est incertaine, l'expression *« sortie de vigueur »* apparaît au hasard d'un cours de C. Eisenmann et semble un peu étrange. Pourtant l'usage l'a consacrée. L'emploi des termes plus techniques, *abrogation, retrait, report, etc.* est lui-même assez hésitant : V. M. Waline, « Le retrait des actes administratifs », *L'évolution du droit public, Études en l'honneur d'A. Mestre*, Sirey, 1956, p. 563.

6. S'il y a changement de circonstances, v. ci-dessous, § 3.

- **L'acte initial est-il ou non régulier ?**

Il est clair que si un acte est irrégulier il vaut mieux qu'il soit retiré par l'administration plutôt que d'attendre la décision du juge qui, par hypothèse, sera une annulation rétroactive ; le principe de juridicité est en jeu.

- **Est-il ou non réglementaire ?**

Et, plus précisément, **a-t-il ou non créé des droits ?** S'il en a créé au profit de ses destinataires ou de tiers, il ne peut, en principe, qu'apparaître intangible ; il y va de la stabilité des situations juridiques.

Tout le problème est de concilier ces différents éléments. De l'un à l'autre, les exigences s'opposent. Que faire si l'acte irrégulier est créateur de droits ? « [...] il s'agit en définitive de trouver un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les impératifs de la sécurité juridique » [1].

Les règles sont complexes et subtiles. Elles le sont d'autant plus que les solutions dépendent encore logiquement de la portée rétroactive (A) ou non (B) de la décision de l'administration.

A. La sortie de vigueur non rétroactive

Par définition, elle ne vaut que pour l'avenir. C'est une **abrogation.** Pour ce qui est de sa possibilité, deux règles se dégagent.

– Le *règlement peut toujours être abrogé*. Il a pu conférer des droits (par exemple, droit d'un fonctionnaire aux indemnités qu'il prévoyait) mais nul n'a droit à son maintien [2].

– L'*acte non réglementaire ne peut être abrogé dès lors qu'il est créateur de droits* [3]. La règle cependant est loin d'être absolue. Même dans le cas d'un acte créateur de droits,

---

1. V. conclusions R. Schwartz, sur CE 3 nov. 1995, *Madame Velluet et autres*, *AJDA* 1996.215 (le commissaire du gouvernement résume son propos avec cette citation de conclusions de B. Genevois sur un arrêt *ONIC* du 26 juillet 1985 (*AJDA* 1985.615).

2. Ce qui n'empêche pas qu'« il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle » (v., *supra*, p. 152, sur l'arrêt *Société KPMG* du 24 mars 2006).

3. Les actes particuliers ne créant pas de droits, la **distinction des actes qui créent ou non des droits** ne pose pratiquement problème qu'au sein de la catégorie des actes individuels. Elle apparaît difficile à cerner, tant il est vrai qu'elle n'est à certains égards qu'un truisme : ce qui définit l'acte non créateur de droits semble être précisément la régularité de principe de sa sortie de vigueur non rétroactive, du moins est-ce son caractère le plus significatif. « Ce sont les décisions positives qui emportent principalement et logiquement des droits pour leurs bénéficiaires » (conclusions R. Schwartz précitées). Tel est le cas des décisions « accordant un avantage financier... alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage » (CE 6 nov. 2002, *Mme Soulier*, *RFDA* 2002.225, concl. S. Austry). Au contraire, pour l'intéressé comme pour les tiers, le rejet par l'administration d'une demande n'est pas normalement créateur de droits. De même, les actes de pure faveur, les actes se bornant à une constatation ou encore les actes obtenus par fraude (CE 29 nov. 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseille*, *RFDA* 2003.234, concl. G. Bachelier). En étendant le champ des actes non créateurs de droits, la jurisprudence réduit d'autant la portée du principe de stabilité des situations juridiques (P. Auvret, « La notion de droits acquis en droit administratif français », *RDP* 1985.53 ; C. Yannakopoulos, *La notion de droit acquis en droit administratif français,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 188, 1997 ; C. Santulli, « Les droits acquis », *RFDA* 2001.87).

la loi prévoit parfois sa disparition par un acte contraire, c'est-à-dire par une décision administrative dont elle précise le régime juridique : ainsi une nomination peut cesser de produire ses effets par une révocation ou une mise à la retraite. Et il va de soi, par exemple, qu'une décision créatrice de droits subordonnée à une condition peut être abrogée dès lors que celle-ci n'est plus remplie [1].

L'*obligation d'abroger* a, quant à elle, été longtemps discutée à propos des règlements irréguliers dès la date de leur signature, mais non contestés dans le délai de recours contentieux. L'exception d'illégalité pouvant toujours être soulevée devant le juge, ne fallait-il pas reconnaître aux administrés le droit d'en demander directement l'abrogation ? Alors que la jurisprudence apparaissait pour le moins nuancée, le décret du 28 novembre 1983 a tranché et dispose que « l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal ». Le Conseil d'État, dans un arrêt de 1989, *Compagnie Alitalia*, pose en principe que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été *illégal dès sa signature,* soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date. L'on peut observer que le Conseil d'État souligne aussitôt que les dispositions de 1983 « s'inspirent de ce principe », ce qui signifie qu'à ses yeux le principe préexistait au décret [2].

B. La sortie de vigueur rétroactive

Allant à l'encontre du principe de non-rétroactivité, elle supprime l'acte « *ab initio* » et les juristes l'appellent habituellement **retrait**. Toujours possible s'il n'y a pas eu création de droits, elle *dépend, lorsque des droits ont été créés, de la régularité ou irrégularité des décisions,* étant entendu que les décisions inexistantes sont classées à part.

I. Décisions régulières

Si une décision est régulière et si elle a créé des droits, son retrait est évidemment *exclu.* Toutefois, des exceptions limitent la portée de cette règle : le retrait peut être autorisé par une loi ou imposé par la nécessité de tirer les conséquences d'une annulation contentieuse [3] ; il est également régulier s'il intervient à la demande du bénéficiaire de l'acte initial et s'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

---

1. Arrêt *Soulier*, cité note précédente. « Il est en effet de nombreux domaines, concluait le commissaire du gouvernement, où vous admettez que des décisions créatrices de droits puissent être remises en cause pour l'avenir ».
2. Décret du 28 nov. 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, article 3 (*JO* 3 déc. 1983) (l'article 2 du même décret commence par préciser que « lorsqu'une décision juridictionnelle devenue définitive émanant des tribunaux administratifs ou du Conseil d'État a prononcé l'annulation d'un acte non réglementaire par un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte fait application, l'autorité compétente est tenue, nonobstant l'expiration des délais de recours de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif lorsque l'acte concerné n'a pas créé de droits au profit des tiers ») ; CE 3 févr. 1989, *Compagnie Alitalia*, *RFDA* 1989.391, concl. C. Nourai, note Beaud et Dubouis ; *AJDA* 1989.387, note Fouquet (V. aussi *GAJA* n° 95).
3. V. *infra*, p. 643.

II. Décisions irrégulières

Si la décision est irrégulière (et pas simplement inopportune), son retrait est *possible dans les deux mois* qui suivent sa notification ou sa publication, c'est-à-dire dans le délai de recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir qui serait intenté contre elle (ou, si le juge a été saisi, tant qu'il n'a pas statué). Peu importe qu'elle soit normalement susceptible de créer des droits. Cette règle remonte à l'affaire *Dame Cachet* jugée en 1922 [1]. Sa raison d'être est particulièrement bien explicitée par Pierre Delvolvé et Georges Vedel : « En principe, dans l'intérêt de la sécurité juridique, on doit tenir pour définitifs les actes ayant conféré des droits. Il est cependant souhaitable que l'administration puisse annuler elle-même les décisions illégales qu'elle a prises. Mais on ne peut lui reconnaître des pouvoirs plus étendus que ceux du juge, spécialement chargé de veiller au respect de la légalité. De là les deux règles que l'on vient d'énoncer : le retrait doit avoir pour fondement l'illégalité qui, seule, justifierait l'annulation par le juge ; il doit intervenir seulement tant que l'annulation contentieuse est possible, c'est-à-dire tant que le délai du recours contentieux n'est pas expiré [2] ».

Une première difficulté apparaît lorsque l'acte initial est une *décision implicite d'acceptation*. En l'absence de publicité à l'égard des tiers (ayant pour effet le non-déclenchement du délai de recours) faut-il admettre la possibilité d'un retrait à toute époque ? Afin d'éviter une insécurité juridique pour le bénéficiaire, le Conseil d'État avait dans un arrêt *Ève* de 1969, adopté une solution radicale en excluant toute possibilité de retrait [3]. Mais la loi du 12 avril 2000, en fixant (art. 23) le régime du retrait des décisions implicites d'acceptation, a écarté cette solution jurisprudentielle. Tout d'abord, dans la ligne du régime général, le retrait est possible : soit pendant le délai du recours contentieux lorsque des mesures d'information des tiers ont été mises en œuvre, soit pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé. Et il est aussi possible (contrairement à la jurisprudence *Ève*) dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsqu'aucune mesure d'information des tiers n'a été mise en œuvre.

Une autre difficulté concerne les *décisions qui doivent être à la fois notifiées et publiées* parce qu'elles intéressent les destinataires et des tiers. Le Conseil d'État dans un arrêt *Ville de Bagneux* de 1966 avait considéré que le retrait était possible sans limite tant que les deux mesures de publicité n'avaient pas été accomplies. Cela n'allait guère dans le sens de la sécurité juridique du destinataire de l'acte [4]. Dans l'arrêt *Ternon* de 2001, le Conseil d'État a abandonné cette solution et modifié partiellement la portée de la jurisprudence *Cachet* en posant un délai pour le retrait. Il a considéré que « sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une *décision individuelle explicite créatrice de*

---

1. CE 3 nov. 1922, *Dame Cachet*, *R.* 790.
2. P. Delvolvé et G. Vedel, *DA,* tome I, p. 310 (12e éd., 1992).
3. CE 14 nov. 1969, *Sieur Ève*, *R.* 498, concl. Bertrand, *AJDA* 1969.694, chron. 683 (dès la formation de la décision implicite l'autorité est « dessaisie » et ne peut, même dans le délai de recours, revenir sur la décision).
4. CE 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, *R.* 303, *RDP* 1967.339, concl. G. Braibant : un permis de construire avait été notifié mais non publié ; de ce fait un délai avait été ouvert et était expiré pour le destinataire mais non pour les tiers ; par suite, l'acte n'était pas devenu définitif.

droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de la décision » [1].

Il ressort de cette double évolution — législative (avec la loi du 12 avril 2000) et jurisprudentielle (avec l'arrêt *Ternon*) — que les règles de retrait des actes individuels créateurs de droits varient selon qu'il s'agit d'une décision implicite ou d'une décision explicite. En pratique, c'est complexe : source de difficultés pour l'administration et d'incompréhensions pour les administrés [2]

III. Décisions inexistantes

Les décisions dites inexistantes sont des décisions entachées d'une irrégularité particulièrement grave. À tout moment, elles peuvent être déclarées « nulles et non avenues » par le juge. Par voie de conséquence, l'autorité administrative a le droit et le devoir de les retirer également à tout moment [3].

§ 3. L'INFLUENCE DES VARIATIONS DE LA CONJONCTURE SUR L'ACTE : LE CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES

Parmi les raisons susceptibles d'inciter l'administration à reconsidérer ses décisions, il y a d'abord et surtout le changement de circonstances : l'entrée en vigueur d'une nouvelle règle de droit ou, tout simplement la disparition, l'apparition de certains faits. Alors ce qui était régulier et parfaitement justifié peut se révéler inopportun voire même irrégulier.

Comme à propos des règlements irréguliers dès la date de leur signature, s'est posée la question de l'obligation pour l'administration d'intervenir. Ne doit-elle pas, dans certains cas, abroger ou modifier ses décisions ? Dès 1930 [4], deux règles jurisprudentielles ont apporté une première réponse :

– En cas de changement dans les **circonstances de fait** ayant motivé régulièrement un règlement, les intéressés peuvent, à tout moment, demander à l'auteur de ce règlement de

---

1. CE 26 oct. 2001, *M. Ternon*, *AJDA* 2001.1034, *GAJA* n° 113. En fixant, de façon prétorienne, un délai de quatre mois pour le retrait, le Conseil d'État réalise une nette dissociation entre le délai de recours et celui du retrait : V. concl. F. Seners et note P. Delvolvé, *RFDA* 2002.77 et 88. L'évolution était prévisible, et attendue, en raison d'une jurisprudence de 1997 (CE 24 oct. 1997, *Mme de Laubier*, *AJDA* 1997.936) déjà favorable à la sécurité juridique du destinataire d'une décision individuelle : lorsqu'une *autorité notifie une décision individuelle en omettant d'indiquer les délais de recours*, elle ne peut se prévaloir de cette « lacune » pour retirer l'acte au motif que sans cette mention le délai contentieux n'est pas ouvert.
2. V. l'exposé des motifs de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit. L'article 2 de cette loi autorise le gouvernement à prendre par ordonnance « les mesures nécessaires pour harmoniser les règles de retrait des actes administratifs, dans un objectif de simplification et de sécurité juridique ». V. aussi, Y. Gaudemet, « Faut-il retirer l'arrêt *Ternon ?* », *AJDA* 2002.738.
3. Du recours pour excès de pouvoir doit à l'occasion se distinguer le recours en déclaration d'inexistence. Au lieu d'une annulation, le requérant demande de déclarer l'acte inexistant juridiquement. Pratiquement, le résultat est le même. La différence vient de ce qu'il n'y a alors pour agir aucune condition de délai. Sont écartées les règles relatives au recours pour excès de pouvoir mais aussi logiquement celles concernant le retrait. Mais cela ne peut qu'être exceptionnel. Il s'agit surtout pour le juge de se donner une certaine marge de manœuvre : c'est une « soupape de sûreté » pour des décisions dont l'irrégularité est si grave qu'elles ne sauraient ni créer de droits, ni servir de base juridique à d'autres décisions. V. CE 31 mai 1957, *Rosan Girard*, *R.* 355, concl. Gazier, *GAJA,* n° 77 ; *infra*, dossier 14, à propos de la voie de fait.
4. CE 10 janv. 1930, *Despujols*, *R.* 30, *GAJA*, n° 43.

l'abroger ou de le modifier pour l'avenir ; et le rejet de cette demande peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir ;

– En cas de **situation juridique nouvelle** créée par une loi ultérieure, les intéressés peuvent dans un délai de deux mois, à partir de la publication de la loi, demander l'annulation pour excès de pouvoir du règlement lui-même.

L'application de ces règles n'a longtemps guère donné lieu à contentieux. Cependant, deux arrêts de 1964 ont précisé la jurisprudence [1]. Il y a eu ensuite simplification apportée par le décret du 28 novembre 1983 et l'arrêt du Conseil d'État *Alitalia* du 3 février 1989. Désormais, en toute hypothèse, sans condition de délai, l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à abroger *tout règlement devenu irrégulier* (de même qu'elle doit abroger le règlement qui est irrégulier dès sa signature). Le cas échéant, elle a plus précisément obligation de modifier les règlements existants de telle sorte que soit assurée la pleine application d'une législation nouvelle [2]

À également été admise par le Conseil d'État, en 1990, l'obligation d'abroger un acte non réglementaire non créateur de droits, dès lors qu'il est lui aussi devenu irrégulier (mais cette règle ne s'applique pas ici pour les actes irréguliers dès l'origine) [3].

§ 4. L'INFLUENCE DE LA CONJONCTURE SUR LE RÉGIME DE L'ACTE : L'URGENCE ET LES CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES

Les circonstances de temps peuvent influer de différentes façons sur le régime juridique de la décision administrative [4]. Deux notions jouent un rôle important à cet égard.

a) L'**urgence** intervient fréquemment et elle est souvent prévue par les textes qui régissent les pouvoirs de l'Administration : elle dispense de l'obligation de motiver un acte, elle permet l'exécution forcée sans intervention du juge, etc. Son existence est contrôlée par le juge : pour que l'Administration puisse l'invoquer, il faut qu'elle se trouve dans une situation où elle doit agir avec une rapidité telle qu'il lui est impossible de respecter les règles habituelles [5].

b) Certaines crises provoquent, par leur gravité, un bouleversement plus profond : ce sont les **circonstances exceptionnelles**. Elles sont parfois prévues par les textes qui organisent, de façon plus ou moins détaillée, de nouveaux régimes juridiques, provisoires

---

1. CE 10 janv. 1964, *Ministre de l'Agriculture c/Simmonet*, *R.* 19 (changement dans les circonstances de fait) ; CE 10 janv. 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques*, *R.* 17, et *RDP* 1964.459, concl. N. Questiaux (situation juridique nouvelle).
2. CE 28 juin 2002, *M. Villemain*, *AJDA* 2002.586, chron. F. Donnat et D. Casas — V. B. Seiller, « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA* 2004.761.
3. CE 30 nov. 1990, *Association « Les Verts »*, *RFDA* 1991.571, concl. M. Pochard : « il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieures à son édiction » (pour une explication de la différence entre cette solution et celle qui vaut pour les règlements, v. les conclusions du commissaire du gouvernement).
4. Par exemple, un gouvernement démissionnaire peut régler les affaires courantes ou les affaires urgentes : CE 4 avr. 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*, *R.* 210, *S.* 1953.3.49, concl. J. Delvolvé.
5. P.-L. Frier, *L'urgence,* LGDJ, « Bibl. de droit public », tome 150, 1987 (préface de G. Dupuis).

et exorbitants : l'*article 16 de la Constitution*, l'*état de siège* (prévu par l'article 36 de la Constitution) qui se caractérise par un large transfert de pouvoirs aux autorités militaires, enfin l'*état d'urgence*, régi par une loi du 3 avril 1955, qui notamment donne des pouvoirs étendus aux préfets [1]. Dans le silence des textes, il revient au **juge administratif** d'en tenir compte.

- **Comment définir les circonstances exceptionnelles ?**

La jurisprudence offre, sinon une définition de la notion, du moins un catalogue de cas : guerre, menaces de grève générale ou d'insurrection, événements de mai 1968, menace d'une explosion volcanique... Dans chaque hypothèse, le juge vérifie cette qualification en fonction des données de l'espèce et se demande si les pouvoirs habituellement reconnus aux autorités administratives étaient suffisants pour assurer leurs missions. C'est seulement en cas de réponse négative à cette question que la jurisprudence des circonstances exceptionnelles s'applique.

- **Quelles sont les conséquences qui s'attachent à la notion de circonstances exceptionnelles ?**

L'extension des pouvoirs de l'Administration se manifeste par un assouplissement des règles habituelles [2] : nouvelle répartition des compétences et reconnaissance des fonctionnaires de fait, délégations facilitées, suspension des garanties de procédures telles que la communication préalable du dossier en matière disciplinaire, transformation de la voie de fait en une irrégularité simple, etc. [3] Toutefois, cette jurisprudence des circonstances exceptionnelles est assez restrictive. Elle ne correspond pas à une « éclipse » de l'État de droit, puisque, dans chaque cas, le juge effectue un contrôle approfondi sur l'existence même d'une conjoncture de crise et sur l'étendue des pouvoirs dont devaient disposer les autorités administratives pour agir dans de telles situations [4].

Section 2
Le régime de l'exécution de l'acte administratif unilatéral

L'exécution d'une norme est sa *réalisation*, autrement dit sa traduction dans les faits [5]. Elle ne doit pas être confondue avec les diverses mesures d'application qui peuvent intervenir à partir de cet élément de l'ordre juridique, comme, par exemple, les règlements

---

1. V. CE 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, *AJDA* 2006.1033, chron. C. Landais et F. Lenica, concernant les deux décrets du 8 novembre 2005 ayant respectivement déclaré l'état d'urgence et fixé ses conditions d'application, suite à une « situation de violence urbaine » (état auquel a mis fin un décret du 3 janvier 2006). Et, plus généralement : *Pouvoirs*, 1979, n° 10 (Les pouvoirs de crise).
2. CE 28 juin 1918, *Heyriès*, *R.* 651, *S.* 1922.3.49, note M. Hauriou, *GAJA* n° 32 ; 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, *R.* 208, *S.*1918-1919.3.33, note M. Hauriou, *GAJA* n° 34 ; CE 18 mai 1983, *F. Rodes*, *AJDA* 1984.44, note J. Moreau (éruption du volcan la Soufrière à la Guadeloupe)..
3. V. p. 458 et p. 663.
4. CE 28 nov. 1973, *Bertrand*, *R.* 670, *JCP* 1974.II.17789, note D. Amson.
5. V. CE 16 déc. 2005, *M. Lacroix*, *AJDA* 2006.582, chron. C. Landais et F. Lenica (elle s'impose aux autorités administratives qui doivent donner à leurs décisions leur plein effet tant que celles-ci n'ont été ni rapportées, ni annulées, ni déclarées illégales par une juridiction et alors même qu'elles ne sont pas encore définitives).

prévus par une loi, pour la compléter ou la préciser. Elle est également distincte des sanctions qui en sont même, d'une certaine manière, la négation : celles-ci sont prononcées, à défaut précisément d'une véritable exécution.

S'agissant des actes administratifs, quatre hypothèses peuvent se présenter :

– actes dont l'exécution ne requiert aucun comportement particulier : abrogation de certains règlements, par exemple ;

– actes dont l'exécution dépend uniquement de l'Administration, de ses autorités ou de ses agents : révocation d'un fonctionnaire ou mutation d'un agent public, etc. ;

– actes dont l'exécution suppose seulement la bonne volonté passive de l'Administration car ils créent des droits au profit des administrés et, à la charge des personnes publiques, une obligation d'abstention : le permis de construire ou une exonération fiscale correspondent parfaitement à ce cas ;

– actes dont l'exécution nécessite *une action ou une abstention d'un administré* : celui-ci doit, pour prendre une illustration simple, évacuer un local qui vient d'être réquisitionné. Que va-t-il se passer s'il refuse de se soumettre spontanément aux prescriptions administratives ?

Dans cette dernière hypothèse, la menace de sanctions pénales ou administratives est une incitation à l'obéissance. Mais l'Administration peut-elle user de la contrainte pour imposer l'exécution proprement dite (par exemple, procéder à l'enlèvement d'une voiture en stationnement irrégulier sur la voie publique ou encore expulser *manu militari* l'occupant d'un immeuble réquisitionné) ? Sans être impossible, l'exécution forcée — ou d'office — est soumise à des conditions très strictes. La règle est bien que l'**exécution est volontaire** [1].

Il n'en reste pas moins que l'**Administration dispose de prérogatives** qui caractérisent le régime de l'exécution des actes : non seulement elle dispose de *moyens pour faire face à un refus d'exécution* (notamment, dans certains cas, de la possibilité d'exécution forcée) (§ 2), mais aussi et surtout, en dépit du développement des procédures de suspension qui en atténuent la rigueur, il y a le *privilège de l'exécution provisionnelle,* c'est-à-dire la poursuite de l'exécution nonobstant la contestation de l'acte en justice (§ 1).

§ 1. L'EXÉCUTION PROVISIONNELLE ET LES EXCEPTIONS

L'exécution provisionnelle est le corollaire du *privilège du préalable* attaché aux actes administratifs : ceux-ci ont dès leur entrée en vigueur une autorité immédiate préalable à toute vérification juridictionnelle (l'Administration n'a pas à se faire délivrer par le juge un titre exécutoire pour donner force obligatoire à ses décisions).

---

1. La résistance violente à l'exécution d'une norme publique (qu'elle soit régulière ou irrégulière) est toujours considérée comme illicite par le droit français. Elle est qualifiée de *rébellion* par l'article 433-6 du Code pénal. En revanche la **résistance passive est licite** lorsqu'il s'agit de faire échec à une décision irrégulière : le juge pénal refuse toute sanction à un tel acte. Lorsque l'exception d'irrégularité (ou, selon le langage habituel, d'illégalité) est soulevée devant lui par un administré qui a refusé d'obéir à l'administration et qui est poursuivi, de ce fait, en justice, le juge examine lui-même la régularité de l'acte en cause (le juge de l'action est alors le juge de l'exception) ; mais *en aucun cas n'est prononcée une condamnation pour simple refus d'obéissance à une norme contestée*.

Les actes sont présumés réguliers. Et lorsque la régularité d'une norme administrative est contestée devant le juge, elle conserve sa valeur juridique pleine et entière : elle demeure obligatoire. En d'autres termes, l'introduction d'une instance contre un acte administratif ne suspend pas l'exécution des normes qu'il édicte. L'article L. 4 du Code de justice administrative énonce que « sauf dispositions législatives spéciales, les requêtes n'ont pas d'effet suspensif s'il n'en est autrement ordonné par la juridiction ». Ainsi le **caractère non suspensif des recours** est un principe fondamental du droit public en raison du caractère exécutoire des actes administratifs.

Les **exceptions prévues par des textes** sont peu nombreuses. Elles n'en sont pas moins importantes, car certaines, pratiquement, sont susceptibles d'applications fréquentes, notamment en matière de **droit fiscal**. La source de la réglementation en vigueur est essentiellement l'article L. 277 du Livre des procédures fiscales fixant le régime du *sursis de paiement :* à la condition de déposer une réclamation contentieuse dans les formes fixées par le Code général des impôts, de formuler une demande expresse de sursis de paiement et de constituer des garanties propres à assurer le recouvrement des impôts contestés, le contribuable est automatiquement dispensé, pour un temps, de payer la part de ses impôts qu'il prétend irrégulière [1]. Dérogent également au principe de l'effet non suspensif des recours, les recours formés contre les arrêtés de **reconduite à la frontière des étrangers**. De tels arrêtés ne peuvent être exécutés tant que le délai de recours n'est pas expiré et, en cas de saisine du juge administratif, tant que celui-ci n'a pas statué [2]. Les délais sont alors très brefs : « l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière peut, dans les quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, demander l'annulation de cet arrêté au président du tribunal administratif. Le président ou le magistrat qu'il désigne à cette fin... statue dans un délai de soixante-douze heures à compter de sa saisine » [3]. Si les dispositions législatives spéciales sont rares, en revanche les **procédures permettant de demander au juge la suspension** de l'exécution d'un acte ont connu un net développement. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs affirmé que la possibilité de demander (et d'obtenir le cas échéant) que l'exécution d'une décision soit

---

1. Si le sursis de paiement est refusé par l'Administration le contribuable peut former une requête devant le juge du référé fiscal (art. L. 279 du Livre des procédures fiscales). Mais cette procédure est soumise à des conditions restrictives. Toutefois le contribuable peut aussi, s'il n'a pas obtenu le sursis de paiement (ou s'il ne l'a pas sollicité), et dès lors qu'il a introduit un recours au fond, demander au juge des référés la suspension de la mise en recouvrement de l'imposition selon la procédure de l'article L. 521-1 du CJA. V. CE 25 avr. 2001, *Ministre de l'économie et des finances c/SARL Janfin*, *RFDA* 2001.837, concl. G. Bachelier.

2. Art. L. 512- 3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

3. Art. L. 512-2, dans sa rédaction issue de la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration – En vertu de cette même loi (art. L.512-1), l'étranger qui fait l'objet d'un **refus de séjour** (refus de délivrance ou de renouvellement de titre de séjour, ...) assorti d'une obligation de quitter le territoire français mentionnant le pays de destination, peut, dans le délai d'un mois suivant sa notification, demander son annulation au tribunal administratif : « son recours suspend l'obligation de quitter le territoire sans pour autant faire obstacle au placement en rétention administrative » ; Le juge statue dans un délai de trois mois, sauf en cas de placement en rétention où s'applique la procédure prévue à l'article L.512-2.

suspendue est une « *garantie essentielle des droits de la défense* » [1]. Et la **loi du 30 juin 2000** a apporté de profondes réformes [2].

Les suspensions relèvent toutes du *juge des référés,* mais il existe des procédures très distinctes. La plus générale est celle du *référé-suspension* qui remplace le sursis à exécution. Par ailleurs la *suspension sur déféré préfectoral* obéit à un régime spécial recouvrant plusieurs modalités [3]. Enfin, si le *référé-liberté* n'a pas pour seule finalité la suspension de l'exécution d'un acte, il peut la permettre, et l'originalité de ce référé appelle de précisions.

A. Le référé-suspension

L'article L. 521-1 du Code le définit ainsi : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ». Ce référé présente de nombreuses différences avec l'ancienne procédure du sursis à exécution, et son application depuis janvier 2001 a donné lieu à une jurisprudence du Conseil d'État précisant divers points.

– La demande de suspension est possible à l'encontre de *toutes les décisions administratives, y compris les décisions négatives (de rejet).* La loi a ainsi supprimé la limite qu'avait posée la jurisprudence du Conseil d'État en 1970 pour le sursis à exécution [4].

– La demande de suspension est liée, comme l'était celle du sursis à exécution, à l'introduction d'un recours principal. Il s'agit donc d'une requête *distincte et accessoire.* Mais elle ne se limite plus au contentieux de l'excès de pouvoir : les recours en réformation font partie du plein contentieux. En outre, le Conseil d'État a innové par rapport à la loi en décidant qu'une demande de suspension était recevable avant qu'un requérant puisse introduire un recours devant le juge, lorsqu'un texte *impose* un recours

---

1. CC 23 janv. 1987, *AJDA* 1987.345. À propos du Conseil de la concurrence, le Conseil constitutionnel insiste sur le fait que le juge judiciaire (en l'espèce, la cour d'appel de Paris) chargé de son contrôle doit aussi avoir le pouvoir de différer l'exécution d'une décision.
2. V. dans le dossier 2 (p. 59) la présentation générale de la loi du 30 juin 2000 et des procédures d'urgence.
3. D'autres régimes spéciaux existent en matière d'urbanisme et de protection de la nature et de l'environnement. V. les articles L. 554-10-11 et 12 du CJA.
4. CE 23 janv. 1970, *Ministre des affaires sociales c/Amoros*, *RDP* 1970.1035, note M. Waline. Toutefois il faut noter que le Conseil d'État a abandonné cette jurisprudence juste avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 : CE 20 déc. 2000, *Ouatah*, *RFDA* 2001.371, concl. F. Lamy. Il a précisé que la suspension d'une décision de refus ne saurait équivaloir à un ordre donné à l'administration de prendre une décision positive : CE 23 janv. 2002, *Commune de Nantes*, *RFDA* 2002.436

administratif préalable à un recours juridictionnel. Le requérant n'a pas à attendre que l'Administration ait statué sur le recours administratif [1].

– Les conditions pour qu'une demande de suspension puisse être satisfaite [2] diffèrent nettement de celles du sursis à exécution. À l'exigence d'un « moyen sérieux de nature à justifier l'annulation de la décision » et d'un « risque de préjudice difficilement réparable » (en cas d'exécution de la décision) succèdent **deux conditions : l'urgence et la présentation d'un moyen propre à créer « un doute sérieux » quant à la légalité de la décision.** Cette seconde condition se veut souple et traduit la volonté du législateur d'inciter les juges à modifier leur démarche antérieure. L'interprétation du moyen sérieux comme étant un moyen établissant de la façon quasi certaine l'illégalité avait des effets très restrictifs. Désormais, le juge du référé doit en rester à un doute « en l'état de l'instruction », sans trop s'attarder à l'examen de la légalité (s'il accorde la suspension, il doit toutefois désigner précisément le moyen créant un doute sérieux) [3]. La condition d'urgence s'avère en revanche plus exigeante et complexe [4]. Elle « doit être regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre » [5]. Le juge des référés l'« apprécie objectivement et compte tenu de l'ensemble des circonstances de chaque espèce » [6]. Il s'agit donc d'une *appréciation globale*, d'une sorte de « bilan » des intérêts en cause, et une urgence réelle invoquée par le requérant peut ne pas prévaloir au regard de l'urgence de l'action de l'Administration, ou d'un intérêt public.

– Le juge *peut* ordonner la suspension : il n'est pas obligé. Ce point essentiel est repris de l'ancien sursis à exécution. La *faculté du juge d'octroyer ou non la suspension, même dans le cas où les conditions sont remplies* avait été affirmée dans des arrêts en 1976 et 1982. Étant donné la « règle fondamentale du droit public » que constitue le caractère exécutoire des décisions, le sursis « n'est pour le juge qu'une simple faculté » [7].

---

1. CE 12 oct. 2001, *Société Produits Roche*, *RFDA* 2002.315, concl. P. Fombeur, *AJDA* 2002.123, chron. M. Guyomar et P. Collin. Cette jurisprudence est d'autant plus importante que les recours préalables obligatoires tendent à se développer. V., *supra*, dossier 2, p. 51.
2. Il faut ajouter que le juge peut (art. L. 522-3, CJA) rejeter une demande selon une procédure expéditive (non contradictoire, sans audience publique) et communément appelée de « tri », lorsqu'elle ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste qu'elle ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée. Seul un pourvoi en cassation est possible contre cette décision de rejet.
3. Tout moyen n'est pas de nature à faire naître un doute sérieux, ce que confirme CE ord. 21 oct. 2005, *association Aides et autres*, *AJDA* 2006.944, note H. Rihal : « eu égard à l'office du juge des référés » (qui ne tranche pas des questions de principe), « un moyen pris de la contrariété de la loi à des engagements internationaux n'est pas, en l'absence d'une décision juridictionnelle ayant statué en ce sens, rendue soit par le juge principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel, propre à créer, en l'état de l'instruction un doute sérieux... » ; de même un moyen tiré de la méconnaissance d'un principe général du droit, dès lors que ce principe « n'est pas au nombre de ceux dont l'existence a été antérieurement constatée par le juge administratif ».
4. V. J. Raymond, « L'urgence, condition essentielle du référé suspension », *JCP A* 2003.1935.
5. CE 19 janv. 2001, *Confédération nationale des radios-libres*, *AJDA* 2001.150, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA* 2001.378, concl. L. Touvet.
6. CE 28 févr. 2001, *Préfet des Alpes-maritimes*, *AJDA* 2001.461, chron. M. Guyomar et P. Collin.
7. CE 13 janv. 1976, *Association de sauvegarde du quartier Notre-Dame*, *AJDA* 1976.326 ; CE 2 juill. 1982, *Huglo*, *AJDA* 1982.657 ; CE 15 juin 2001, *Société Robert Nioche et ses fils*, *Rec.* (*tables*) 1120. En pratique, compte tenu de la manière dont est désormais appréciée la condition d'urgence, il ne peut plus

– Lorsque la suspension est accordée [1], cela peut être pour une durée variable déterminée par le juge, le texte indiquant qu'elle prend fin « au plus tard » lorsqu'il est statué au principal. Par ailleurs, l'article L. 521-4 permet au juge du référé, saisi par toute personne intéressée, de modifier à tout moment, au vu d'un élément nouveau, les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin. Cette disposition est de nature à inciter le juge à octroyer plus facilement la suspension, le réexamen de sa décision étant possible. Quant au recours contre les ordonnances du juge du référé, le régime n'est plus celui du sursis à exécution qui permettait un appel. Le président du tribunal administratif (ou le magistrat qu'il délègue) statue en premier et dernier ressort, sa décision n'étant alors contestable que devant le Conseil d'État par un pourvoi en cassation [2]. Cette absence d'appel peut paraître discutable, mais elle a l'avantage d'accélérer les procédures.

B. La suspension sur déféré [3]

Les procédures ouvertes au préfet à l'encontre des actes des collectivités territoriales qui existaient avant 2000 ont été intégrées dans le Code de justice administrative modifié par la loi du 30 juin 2000 :

– La première de ces procédures est la *suspension sur déféré-préfectoral* concernant les **actes en général** des collectivités [4]. L'article L. 554-1 du CJA reproduit l'article 2131-6, alinéa 3, du Code général des collectivités territoriales selon lequel le préfet peut assortir son déféré d'une demande non plus de sursis à exécution mais de suspension. Et cette demande est soumise à *une condition*, qui, dès lors qu'elle est remplie entraîne l'octroi de la suspension : « Il est fait droit à la demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction propre, à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée ». L'exigence du doute sérieux se substitue donc ici aussi à celle du « moyen sérieux » mais, à la différence du référé-suspension, le condition d'urgence n'est pas requise. Et le juge doit se prononcer dans un *délai d'un mois.* Sa décision peut faire l'objet d'un appel devant la Cour administrative d'appel dans un délai de quinze jours.

– La suspension sur déféré concernant les actes des *communes* « en matière d'**urbanisme**, de **marchés** et de **délégations de service public** » est une procédure particulière

---

guère y avoir de cas où, les conditions étant remplies, la suspension serait refusée. Là où cela pouvait se produire autrefois (au nom de l'intérêt général), il n'y a tout simplement plus aujourd'hui urgence à suspendre (au nom du même intérêt général qui est pris en compte dès l'examen de la condition) et donc manque l'une des conditions.

1. Il est à noter que, dans ce cadre du référé-suspension, le juge des référés peut utiliser le pouvoir d'injonction attribué plus généralement au juge administratif pour assurer l'exécution de ses décisions par l'Administration : CE 28 févr. 2001, *Philippart et Lesage*, *RFDA* 2001.390, concl. D. Chauvaux.

2. V. CE 29 nov. 2002, *Communauté d'agglométration Saint-Étienne Métropole*, *AJDA* 2003.278, chron. F. Donnat et D. Casas (le contrôle de l'erreur de droit sur le motif retenu « de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'acte » est réduit, compte tenu de « l'office du juge des référés » ; quant à son appréciation des faits justifiant ou non l'urgence, elle est laissée à son appréciation souveraine, sous réserve de leur dénaturation).

3. V. *supra* dossier 5, p. 249 sur le déféré préfectoral.

4. Ce régime a été institué avec le déféré préfectoral par la loi du 2 mars 1982 relative à la décentralisation.

établie par la loi du 4 janvier 1995 sur l'aménagement du territoire [1]. Elle s'explique par la nécessité d'un contrôle rigoureux de l'action des collectivités dans ces domaines « sensibles ». La caractéristique est la *suspension automatique* de l'exécution d'un acte lorsque le déféré, assorti d'une demande de suspension, a été formé dans *les dix jours* à compter de la réception de l'acte par le préfet. La durée de la suspension ne peut être que d'un mois : si dans ce délai le juge du référé n'a pas statué sur la requête, l'acte redevient exécutoire. La décision relative à la suspension peut faire l'objet d'un appel devant la cour administrative d'appel.

– Enfin la suspension sur déféré en matière de **liberté publique** est une procédure spéciale car accélérée en raison de l'urgence à statuer pour protéger les libertés. Instituée dès 1982 [2] elle concerne les demandes de suspension (liées aux déférés) présentées par le représentant de l'État à l'encontre des actes des collectivités « *de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle* » (il s'agit le plus souvent des mesures de police). Le juge du référé statue alors dans un *délai de 48 heures*. La suspension est soumise à la condition du « doute sérieux » quant à la légalité. Et le juge recherche s'il y a une réelle atteinte à une liberté. Une autre particularité tient à ce que la décision du juge peut faire l'objet d'un appel (dans un délai de 15 jours) *devant le Conseil d'État* : cet appel est jugé par le président de la section du contentieux ou un conseiller d'État délégué à cet effet, dans un délai de 48 heures [3].

Un autre régime de *suspension automatique* est organisé par la loi organique du 1er août 2003 relative à l'**expérimentation** par les collectivités territoriales [4] : si le représentant de l'État assortit un recours dirigé contre un acte pris en application de cette loi d'une demande de suspension, cet acte cesse de produire ses effets jusqu'à ce que le tribunal administratif ait statué ; et, si ce dernier ne l'a pas fait dans un délai d'un mois suivant sa saisine, l'acte redevient exécutoire [5].

C. Le référé-liberté

Innovation apportée par la loi du 30 juin 2000, le référé-liberté est défini par l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : « saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante huit heures ». Ce référé, qui donne au juge un pouvoir

---

1. Disposition intégrée dans l'article L. 554-2 du CJA, reproduisant l'article L. 2131-6, alinéa 4, du CGCT ; et étendue aux actes des *départements* et des *régions* – Selon l'ordonnance du 17 juin 2004 : à l'article L. 554-2, après les mots « marchés publics », sont ajoutés les mots « des **contrats de partenariat** ».
2. Désormais article L. 554.3 du CJA, reproduisant l'article L. 2131-6, alinéa 5 et 6, du CGCT.
3. V. par ex. CE 29 juill. 1997, *Préfet du Vaucluse (Commune de Sorgues)*, *RFDA* 1998.383, note P.-L. Frier ; CE 9 juill. 2001, *Préfet du Loiret*, *RFDA* 2001.1136.
4. *Supra*, p. 108 et 257.
5. CGCT, art. L. 1113-4. Il n'est pas précisé, comme dans la loi précitée du 4 janv. 1995, que le recours doit avoir été formé « dans les dix jours... ».

important, connaît des conditions proches de celles de la voie de fait [1] mais néanmoins distinctes. Il se différencie aussi nettement du référé-suspension, notamment parce que la *demande au juge n'est pas liée à l'existence d'un recours principal contre un acte.*

– La mise en œuvre est subordonnée à **trois conditions**. La première est l'**urgence**, comme dans le référé-suspension. Elle semblait devoir s'apprécier de façon similaire. Toutefois, en 2003 [2], le Conseil d'État a nettement dégagé une interprétation spécifique de l'urgence dans le cadre du référé-liberté : l'appréciation s'effectue en prenant en compte le délai de 48 heures imparti au juge pour statuer. La démarche est plus rigoureuse. Il faut qu'il y ait urgence à prendre des mesures conservatoires dans les 48 heures. Cela tend à souligner le caractère exceptionnel de la procédure du référé-liberté. Les conditions relatives à l'atteinte à une liberté sont également rigoureuses. D'abord, il doit y avoir **atteinte à une liberté fondamentale**. Que recouvre cette notion ? La réponse n'est pas évidente et a soulevé des interrogations notamment parce qu'elle diffère des notions utilisées pour la suspension sur déféré en matière de liberté. Le Conseil d'État, depuis janvier 2001, précise peu à peu quelles libertés sont concernées : tel est le cas, par exemple, de la libre administration des collectivités territoriales [3], de la liberté d'entreprendre [4], du droit de propriété [5], ou encore pour les étrangers du droit d'asile et du droit de demander le statut de réfugié [6], du droit de mener une vie familiale normale [7] ; tel n'est pas le cas du droit au logement [8]. Mais la reconnaissance d'une liberté fondamentale ne suffit pas : l'atteinte à la liberté doit être **grave et manifestement illégale**. Cette condition, qui implique une évidence certaine de l'illégalité et un degré de gravité dans la violation, est comparable à celle de la voie de fait. Toutefois, la différence tient à ce que l'illégalité ici est commise *dans l'exercice des pouvoirs* (alors que dans la voie de fait l'agissement de l'Administration est insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont elle dispose).

La difficulté de satisfaire à toutes ces exigences a pour conséquences un assez faible succès des requêtes. Il n'en reste pas moins que lorsque le juge accueille favorablement la demande il dispose d'un large pouvoir d'injonction.

– Le juge des référé ne prend que des mesures provisoires [9] : il ne peut donc pas annuler une décision. Mais pouvant ordonner « *toutes mesures nécessaires* », il peut en l'absence même de décision interdire un agissement ou obliger de faire ou cesser de faire. Et lorsqu'une décision est en cause il peut en ordonner la *suspension*. — Ce qui explique, en partie (tout au moins pendant les deux ou trois premières années), le succès du référé-liberté et les mises en garde du Conseil d'État : « bien des requérants saisissent le

1. Sur la voie de fait, v. dossier 14, p. 662.
2. CE 28 févr. 2003, *Commune de Pertuis*, *AJDA* 2003.1171, note P. Cassia et A. Beal.
3. CE 18 janv. 2001, *Commune de Venelles*, *AJDA* 2001.153, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RFDA* 2001.378, concl. L. Touvet ; *GAJA* nº 111.
4. V. N. Jacquinot, « La liberté d'entreprendre dans le cadre du référé-liberté : un cas à part ? », *AJDA* 2003.658.
5. V. J. Trémeau, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA* 2003.653.
6. CE 12 janv. 2001, *Mme Hyacinthe*, *AJDA* 2001.589, note J. Morri et S. Slama ; CE 25 mars 2003, *M. et Mme Sulaimanov*, *AJDA* 2003.1662, note O. Lecucq.
7. CE 30 oct. 2001, *Mme Tliba*, *AJDA* 2001.1054, chron. Guyomar et Collin.
8. CE 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, *RFDA* 2002.856.
9. Comme en matière de référé-suspension, il dispose des pouvoirs prévus aux articles L. 521.4 et L. 522.3, CJA. V. *supra,* p. 493 et 494. Sur l'application de l'article L. 522.3 au référé-liberté, v. CE 28 févr. 2001, *Casanovas*, *AJDA* 2001.971 et *RFDA* 2001.399, concl. P. Fombeur.

juge des référés dans des hypothèses et à des fins qui ne correspondent pas vraiment à cette procédure » ; ils se placent à tort sur le terrain du référé-liberté et courent à l'échec alors qu'une demande présentée au titre du référé-suspension aurait eu des chances d'aboutir [1].

Les décisions, à la différence de celles rendues sur demande de suspension dans le cadre de l'article L. 521-1, sont susceptibles d'appel dans les quinze jours de leur notification. La question avait été débattue au Parlement, mais en raison des enjeux (la protection des libertés) et de l'étendue des pouvoirs du juge, le législateur a opté pour un *appel devant le Conseil d'État*. Le président de la section du contentieux (ou un conseiller délégué à cet effet) statue dans un délai de 48 heures.

La diversité des régimes relatifs aux voies de recours en matière de référés n'est pas sans justifications, mais elle contribue à la relative complexité d'ensemble des procédures d'urgence. Le contentieux administratif perd un peu en lisibilité ce qu'il gagne en efficacité pour garantir les droits des citoyens.

§ 2. Les moyens de faire face à un refus d'exécution

L'Administration dispose aujourd'hui de moyens diversifiés pour obliger les administrés à respecter ses décisions. Si l'exécution d'office ou forcée est en principe une exception, elle n'est pourtant pas rare. Mais il est vrai que le développement des sanctions administratives a pour effet d'en réduire le champ.

A. L'exécution forcée

Le principe se dégage d'une jurisprudence très connue dont la première place revient à l'arrêt *Société Immobilière de Saint-Just* et aux conclusions de Romieu [2]. Si l'arrêt a perdu beaucoup de son intérêt en raison de son ancienneté, les conclusions du commissaire du gouvernement, en revanche, méritent toujours d'attirer l'attention : elles constituent un exposé particulièrement clair, vigoureux et complet des données du problème et de ses solutions.

L'exécution forcée de ses actes est interdite à l'Administration avant l'intervention du juge, explique Romieu. C'est « un **principe fondamental** de notre droit public que l'Administration ne doit pas mettre d'elle-même la force publique en mouvement pour assurer *manu militari* l'exécution des actes de puissance publique, et qu'elle doit s'adresser d'abord à l'autorité judiciaire, qui constate la désobéissance, punit l'infraction

---

1. CE, *Rapport public 2003*, *EDCE* n° 54, La Documentation française, p. 21 (« c'est surtout à propos de la notion d'urgence que les malentendus apparaissent »). V. aussi l'affaire *Commune de Pertuis*, citée ci-dessus : il n'y apparaît pas « qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doivent être prise dans les 48 heures » ; toutefois, précise le juge, « la présente décision ne fait pas obstacle à ce que (le requérant) invoque devant le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L 521-1 du Code de justice administrative l'urgence qui pourrait s'attacher à la suspension... » — si la suspension ne s'impose pas dans les 48 heures, elle pourrait peut être quand même apparaître urgente dans le cadre d'un référé-suspension.

2. TC 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, *R.* 713, concl., J. Romieu ; *S.* 1904.3.17, concl., note M. Hauriou ; *GAJA* n° 11. Sur l'évolution de l'exécution forcée depuis les célèbres conclusions de Romieu, v. N. Belloubet-Frier et P.-L. Frier, « La deuxième mort de J. Romieu », *Études en l'honneur de G. Dupuis,* LGDJ, 1997, p. 1.

et permet l'emploi des moyens matériels de coercition. Le mode d'exécution habituel et normal des actes de puissance publique est donc la sanction pénale, confiée à la juridiction répressive ». Romieu lui-même confirma cette position cinq années plus tard à l'occasion de l'affaire *Dame de Suremain* [1]. « En principe, l'exécution d'office par la voie administrative n'est pas possible (...). Cette règle générale s'impose pour garantir les particuliers contre les abus qu'entraînerait trop souvent l'exécution d'office ». En effet, « l'exécution d'office par l'Administration elle-même, « par défaut », sans jugement, sans garanties à la défense (...) outre qu'elle n'est pas conforme à nos habitudes, peut, dans certains cas, favoriser l'arbitraire et couvrir les illégalités [2] ». Mais le principe de l'illicéité de l'exécution forcée administrative doit être **assorti d'exceptions**. D'une part, une *disposition législative* peut autoriser expressément l'Administration à employer la force publique sans habilitation judiciaire préalable ; d'autre part, en dehors des textes, Romieu notait qu'exceptionnellement l'exécution d'office est licite, premièrement, s'il y a *urgence,* s'il s'agit de faire face à une nécessité publique, de prévenir un péril imminent, deuxièmement, s'il n'y a *pas de sanctions* pénales pour les infractions à la décision et si, par suite, l'exécution administrative est seule possible [3].

La dernière de ces hypothèses n'est pas très fréquente. Indépendamment de nombreuses lois particulières prévoyant des sanctions pénales, l'article R. 610-5 du Code pénal couvre un champ immense : « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1re classe ». Qui plus est, ce n'est pas seulement l'existence de sanctions pénales — à laquelle pensait surtout Romieu — qui exclut l'exécution forcée, ce peut être tout autre procédé légal. La jurisprudence admet que, faute de sanctions pénales, il suffit de sanctions administratives.

Les exceptions n'en ont pas moins pris de l'importance. L'urgence est un cas de figure assez courant et les lois autorisant l'exécution forcée se sont nettement développées, notamment en matière de sécurité civile, de protection de l'environnement, de police des étrangers [4].

B. Les sanctions administratives [5]

Les **sanctions administratives** sont des *actes répressifs par leur contenu* mais *administratifs par leur auteur*. Longtemps, elles sont restées exceptionnelles — De par la

---

1. CE 19 avr. 1907, *Dame de Suremain*, *R.* 348.
2. CE 27 févr. 1903, *Olivier et Zimmermann*, *R.* 180, concl. J. Romieu.
3. Par exemple, à défaut de sanction pénale prévue dans l'ordonnance du 11 octobre 1945 relative aux réquisitions de logement, l'Administration peut procéder à l'exécution forcée de l'ordre de réquisition : TC 12 mai 1949, *Dumont*, *R.* 596 ; *RDP* 1949.371, note M. Waline.
4. En toutes hypothèses, il faut que l'acte à exécuter soit légal, qu'il y ait réellement refus de l'exécuter et seules doivent être prises les mesures strictement nécessaires (dans le respect du principe de proportionnalité). Si l'Administration procède à une exécution forcée dans des conditions irrégulières, elle engage sa responsabilité, et dès lors qu'il y a atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale ses agissements sont constitutifs d'une *voie de fait*.
5. M. Delmas-Marty et C. Teigen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal,* Economica, 1992 ; J.-L. de Corail, « Administration et sanction, réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus,* Montchrestien, 1992, p. 103 ; *Les pouvoirs de l'Administration dans le domaine des sanctions,* Étude du Conseil d'État, La

séparation des pouvoirs, pouvait-on penser, c'est en principe le seul juge répressif qui a le pouvoir de prononcer des sanctions. Elles se sont développées à partir des années 1940, sous le régime de Vichy, notamment en matière d'économie dirigée. Depuis, elles n'ont fait que se multiplier et le mouvement s'est encore accéléré avec la création d'autorités administratives indépendantes [1].

Alors que c'était discuté, le Conseil constitutionnel [2], dans ses décisions de 1989, a reconnu la *constitutionnalité du pouvoir de sanction administrative* (exclusif de toute privation de liberté) tout en définissant un *régime s'inspirant de celui de la répression pénale*, afin d'assurer des garanties. En effet, il considère que « le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction ». Mais, en rappelant les principes relatifs à la répression pénale fondés sur la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il juge que « ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère de punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

Ces exigences ont été précisées par le Conseil constitutionnel, depuis 1989, dans diverses décisions. Il faut respecter :

– le principe de la légalité des peines (nécessité d'une loi pour définir les fautes pouvant donner lieu à sanction),

– le principe de non-rétroactivité des lois répressives plus sévères,

– les principes de nécessité et de proportionnalité des sanctions par rapport aux faits (n'est pas interdit le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction administrative pécuniaire sous réserve que le montant global des sanctions ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues),

– le droit au recours juridictionnel et les droits de la défense qui impliquent la possibilité de demander au juge la suspension d'une sanction, l'exigence d'une procédure contradictoire et de la motivation des sanctions.

Dès lors que les sanctions administratives, par définition, ne sont pas prononcées par des tribunaux, s'est posé le problème de l'*applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* [3]. Conformément à la jurisprudence de la CEDH, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont admis cette applicabilité et développé en conséquence un contrôle du respect du *principe d'impartialité* découlant du droit au procès équitable [4].

Documentation française, 1995 ; F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA* 1997.1 ; « Les sanctions administratives. Actualité et perspectives », *AJDA* numéro spécial, 20 oct. 2001.

1. V. *supra*, p. 199.
2. CC 17 janv. 1989 (concernant le Conseil supérieur de l'audiovisuel), *JO* 18 janv. 1989, *RFDA* 1989.215, comm. B. Genevois, *GDCC* n° 39 ; CC 28 juill. 1989 (concernant la Commission des opérations de bourse) (*JO* 1er août 1989), *RFDA* 1989.671, comm. B. Genevois.
3. Art. précité, *supra*, p. 125.
4. V. notamment Cass. 5 févr. 1999, *Oury*, *Petites Affiches* n° 29, 10 févr. 1999 ; CE 3 déc. 1999, *Didier*, *AJDA* 2000.126, *RFDA* 2000.584, concl. A. Seban, *GAJA*, n° 108. Dans ces affaires, était en cause la

Secrétariat général du Gouvernement et Conseil d'État, Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, La Documentation française, 2005

Extrait (p. 183 et 184) :

LANGUE DU TEXTE

La rédaction d'un projet de texte et du document qui l'accompagne (exposé des motifs ou rapport de présentation) doit être claire, sobre et grammaticalement correcte.

La langue française

Il convient de n'employer que des termes appartenant à la langue française. Le recours à tout terme étranger ou à toute expression étrangère est à prohiber, dès lors qu'il existe une expression ou un terme équivalent dans la langue française.

Les termes latins doivent, dans les mêmes conditions, être évités, y compris ceux appartenant au langage courant ; ainsi des expressions « *in fine* », « *in situ* », « *a contrario* », « *ex nihilo* », « *de jure* » ou « *cursus* », qui trouvent une traduction aisée en français. Cette règle n'est toutefois pas sans exceptions, dès lors que le terme latin est difficilement traduisible. Par exemple les lois portant amnistie comportent habituellement, à côté de l'amnistie « à raison de la nature de l'infraction ou des circonstances de sa commission », une amnistie « à raison du *quantum* ou de la nature de la peine » ; de même les termes « *a priori* » ou « *a posteriori* » (sans accent) ainsi que « *référendum* » gardent toute leur place.

Il y a lieu également d'éviter les anglicismes, tel l'emploi du verbe « présumer » pour « supposer ».

On trouvera sur le site internet de la délégation générale à la langue française et aux langues de France (www.culture.gouv.fr/culture/dglf) la liste des principaux textes relatifs à l'usage du français dans les publications officielles.

Pour que le texte soit clair, il faut dans toute la mesure du possible écrire des phrases simples, en évitant tout particulièrement la multiplication de subordonnées et d'incidentes emboîtées, les doubles négations et les accumulation de substantifs. On évitera également le recours au « et/ou ».

Temps et mode

En règle générale, les verbes sont conjugués au présent et non au futur. Le présent a valeur impérative.

Exemple :

A propos d'une évaluation qui doit avoir lieu au terme d'une expérimentation, on ne dit pas « Il sera procédé à une évaluation », mais « il est procédé... ».

Il n'y a pas lieu, sous prétexte de renforcer le caractère impératif d'une obligation, de recourir au mot « doit » ; le simple présent suffit.

Exemple :

On écrit pas « Les fédérations sportives doivent transmettre (telle) information aux ligues professionnelles », mais « transmettent ».

Le mode est impersonnel : « il est institué... », « il y a lieu... ».

Lorsque les dispositions sont insérées dans un code, ce qui est appelé à devenir la règle, elles doivent revêtir le caractère intemporel de celuici. Par suite, on écrit pas : « il est institué une commission nationale de... chargée de... », mais « la commission nationale... est chargée de... ».

Il y a lieu d'éviter les expressions abstraites : plutôt que « assurer la réalisation », on écrira « réaliser ».

---

participation du rapporteur au délibéré. Alors que la Cour de cassation (dans le cas de la COB) s'y opposait, le Conseil d'État (pour le CMF) adoptait une position plus nuancée et l'admettait compte tenu de la nature des pouvoirs du rapporteur — aujourd'hui, en vertu de la loi du 1er août 2003, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers qui s'est substituée à ces autorités statue « hors la présence du rapporteur » (art. L. 621-15, Code monétaire et financier ; comm. D. Linotte et G. Simonin, *AJDA* 2004.143).

POUR APPROFONDIR

Tout doit être approfondi dans ce dossier capital mais, outre la question de la **distinction de l'acte unilatéral et du contrat,** le thème majeur aujourd'hui est, probablement, celui de la place du premier face au second, tant il est vrai que le « contractualisme » conduit à s'interroger sur l'**avenir de la puissance publique.**

1. La définition des deux types d'actes normateurs, l'acte unilatéral et le contrat, est claire dans la théorie du droit (*supra,* p. 166). Dans l'action, elle est parfois difficile à appliquer (*supra,* p. 421) : si l'acte *unilatéral* est une décision alors que le contrat résulte d'une *négociation,* il est vrai que bien des décisions ne font que ponctuer des négociations. Par exemple, dans le domaine de la politique économique, les actes unilatéraux ne sont tels qu'en apparence ; le plus souvent, plus que des ordres, ils sont le fruit d'accords passés entre l'Administration et ses partenaires.

2. C'est en conséquence un « rééquilibrage de la relation administrative » que l'on peut observer, « produit, selon Jacques CHEVALLIER, d'un double phénomène d'atténuation des privilèges administratifs et de reconnaissance aux administrés de nouveaux droits » : « il tend de ce fait à réduire le particularisme d'une relation traditionnellement marquée par l'empreinte de l'unilatéralité ; même si elle conserve des caractéristiques spécifiques, dans la mesure où elle reste adossée au monopole de la contrainte, cette relation peut désormais être pensée de plus en plus par référence à la théorie générale des obligations » (« L'obligation en droit public », *Archives de philosophie du droit,* 2000, t. 44, p. 179 — Voir aussi, dans le même tome, Roland DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé »).

Il y a longtemps déjà que les juristes font ce constat. Parmi des textes fort nombreux, deux peuvent servir de point de départ à la réflexion :

– Robert-Édouard CHARLIER, « La technique de notre droit public est-elle appropriée à sa fonction ? », *EDCE*, 1951, p. 32.

> Il est vrai qu'on assiste de nos jours à ce qu'on peut appeler le déclin de l'ukase. La puissance publique s'est affaiblie par la démocratie, la séparation des pouvoirs, les dissensions intérieures ; elle a multiplié les droits inviolables et les garanties et recours chez les sujets ; elle les a fait participer à son exercice ; elle a facilité la constitution de puissances privées avec lesquelles elle est obligée de batailler, de composer. Dans le même temps où elle y rencontrait ainsi plus de difficulté, elle s'est aperçue que commander ne suffisait pas ; que les phénomènes qu'elle voulait provoquer ou endiguer ont des causes et conditions qu'il fallait connaître pour agir sur elles ; que d'ailleurs l'obéissance pour docilité moutonnière ou par crainte n'était ni morale ni de bon rendement, et qu'il était préférable de convaincre les sujets et de gagner leur adhésion. Au total, l'Administration devient davantage un laboratoire, davantage une école, davantage une diplomatie, et moins une caserne. Mais tout cela signifie que la décision doit être plus étudiée, plus explicative, plus enseignée et prêchée qu'autrefois, plus négociée aussi, qu'elle est moins fulmination et plus purement service. Cela ne diminue pas son rôle et ne change pas son régime : traduisant en proposition impérative un but, elle reste l'acte fondamental en droit public.

André HOLLEAUX, « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'IIAP*, 1974, p. 61.

> Les décrets, et plus généralement les textes unilatéraux, sont truffés de dispositions concertées. Si on pouvait les passer à la radioscopie comme le font les laboratoires de

musées qui reconstituent l'histoire d'un tableau en faisant apparaître les repeints successifs, on verrait que les livraisons du *Journal officiel* qui ont une apparence d'airain buriné, dissimulent les montagnes de compromis, de « consensus » échangés et parfois des diktats de groupements puissants ou obstinés.

On y découvre de plus en plus de dispositions liées, inséparables les unes des autres ; elles sont la projection de conjugaisons de forces soit publiques (les administrations traitent entre elles comme le font les entreprises privées), soit professionnelles ou sociales. Grattez le décret, vous découvrez le pacte. Écornez le statut, vous trouvez une convention collective. Pour le juriste, c'est du réglementaire, mais, pour l'analyste, c'est du contractuel honteux.

Il ne faut pas voir l'État comme la « puissance publique », une sorte de divinité supérieure. Il y a des administrations qui forment, avec des corporations, des conglomérats qui se font, se défont et se refont (par exemple au ministère de l'Agriculture). Les innombrables conseils consultatifs placent des « représentants » à tous les centres nerveux. À Paris comme à Bruxelles, les hommes publics, derrière la neutralité bienséante de leurs propos, sont des médiateurs de mouvances professionnelles. Les administrations font quelque peu penser à des ordres d'avocats plaidant les causes bigarrées des petites et grandes forces qui s'allient et se combattent comme les boules d'un énorme billard.

Après ce diagnostic global, et avant d'esquisser une théorie de l'acte négocié (unilatéral ou plurilatéral), A. HOLLEAUX présente notamment des cas où il s'agit pour l'État non seulement de « cogérer » mais de « coréglementer ».

3. Prendre ainsi acte d'un « rééquilibrage de la relation administrative » n'empêche pas d'en marquer toujours les limites. Il ne s'agit pas que cette relation disparaisse en tant que telle et perde sa spécificité, rappelait sans ambages, le Vice-président du Conseil d'État Renaud DENOIX de SAINT-MARC, au terme d'un colloque ayant précisément pour thème « Puissance ou impuissance publique ? » (*AJDA*, n° spécial du 20 juillet 1999, « Conclusion », p. 56) :

Je me bornerai à remercier les intervenants et les organisateurs de ce colloque. Cela fait, je crois, beaucoup de bien d'entendre parler de puissance publique.

On se trouve là au cœur du droit public, avec l'État mais aussi les autres collectivités publiques, car il y a aussi des prérogatives de puissance publique au profit des collectivités territoriales et des établissements publics.

On s'y trouve avec l'ensemble de ces prérogatives : le pouvoir de décision unilatérale, mais aussi le droit contractuel, car, ne l'oublions pas, les pouvoirs que l'administration détient lorsqu'elle contracte selon les règles du droit public, peuvent être aussi classés parmi les prérogatives de puissance publique

Alors c'est un droit d'inégalité ? Eh bien oui, c'est un droit d'inégalité.

Alors, c'est un droit de prérogatives exorbitantes du droit commun ? Eh bien oui, c'est un droit de prérogatives exorbitantes du droit commun.

Il ne faut pas en avoir peur. L'exposé introductif du ministre de l'Intérieur puis la leçon du professeur Étienne Picard ont donné les explications sur la légitimité de ces pouvoirs qui sont reconnus aux collectivités publiques. Il faut les assumer.

Le caractère exécutoire des décisions administratives est une règle fondamentale du droit public. Dans un arrêt *Huglo* du 2 juillet 1982, le Conseil d'État l'a rappelé.

Aujourd'hui, il est certes difficile pour les personnes qui exercent ces responsabilités sur le terrain, les maires, les préfets, chacun dans la sphère de ses compétences, de se fonder sur le caractère exécutoire des décisions qu'elles prennent. J'en suis bien conscient.

Pour cette raison, toutes les procédures de concertation, de consultation, d'information des populations ont été multipliées. Mais il y a, d'une part, un temps pour négocier, un temps pour informer, un temps pour convaincre et, d'autre part, un temps pour décider et même, le cas échéant, un temps pour contraindre ; l'administration ne doit pas oublier que ses prérogatives sont autant d'obligations d'agir.

Dossier 11

Les fonctions de l’Administration

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. La police administrative
Chapitre 2. Les services publics

La notion fondamentale du droit public qui gouverne les missions de l'Administration et leur évolution, en exprimant leur finalité, est celle d'**intérêt général.** « Pierre angulaire » de l'action publique dans la tradition française, l'intérêt général est cependant une notion incertaine. Évolutive elle est difficile à définir et fait l'objet de controverses. Aujourd'hui « la contestation d'un intérêt général indépendant et supérieur aux intérêts particuliers participe de la contestation de l'État. Réfléchir sur l'intérêt général c'est donc inévitablement réfléchir sur l'État et sur ses rapports avec la société » [1]. Et telle est bien la réflexion à laquelle incite l'étude des activités publiques, qui, tout en visant ce but unique de l'intérêt général sont de deux sortes : les unes tendent au **maintien de l'ordre public,** les autres ont pour objet des **prestations de biens et de services.** Ces deux catégories sont fondamentalement liées dans la mesure où la satisfaction des besoins d'intérêt général par voie de prestations implique l'institution d'un ordre dans l'organisation sociale. Leur distinction est, à la fois, traditionnelle et bien réelle dans le droit positif actuel mais elle est aussi plus complexe qu'il ne paraît à première vue, quant à sa genèse historique et à la portée de son contenu.

La conception de l'État moderne forgée peu à peu, du XVe au XVIIIe siècle, s'est concrétisée, avec le mouvement démocratique, sous la Révolution. Les rapports entre l'État et l'individu ont pris une consistance nouvelle, juridiquement et matériellement, avec l'affirmation d'une mission d'assistance parmi les fonctions de l'État. En effet, aux principes posés par les Déclarations des droits en 1789 et 1793 (notamment que la loi punit mais aussi protège, que la société doit la subsistance aux citoyens malheureux) s'est ajouté l'effet direct de la vente des biens du clergé : les services d'instruction et de charité ont été considérés par les Constituants comme devant revenir à l'État [2]. La notion de service public apparaît dès lors comme complétant celle de droits régaliens de la puissance publique. L'individu se voit reconnaître une créance à l'égard de l'État. Toutefois, les activités de prestation de ce dernier sont restées relativement réduites jusqu'au début du

---

1. R. Denoix de Saint-Marc, vice-président du Conseil d'État, Éditorial du rapport public 1999, La Documentation française, 1999, p. 12. Les « Considérations générales » présentées dans ce rapport traitent de l'intérêt général. Sur cette question, v. dossier 1, et, dans ce dossier 11, *Pour approfondir*.
2. V. M. Leroy, *Histoire des idées sociales en France*, Gallimard, 1946 (pp. 318 et s. : « La pauvreté et l'idée de service public »). *Adde* : J.-L. Mestre, La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée nationale constituante, *EDCE* 1989, no 40, p. 185.

XXe siècle pour connaître ensuite un très large déploiement. De cette situation provient l'opposition effectuée, dans une perspective diachronique, entre l'État-gendarme et l'État-providence. En réalité cette présentation est trop schématique, sinon fallacieuse, quant à l'évolution historique du rôle de l'État, surtout en France [1]. Elle conduit à séparer deux conceptions de l'État et, corrélativement, deux séries de modalités dans ses interventions alors que les frontières ne sont pas étanches entre elles.

L'État-gendarme ne se contentait pas de maintenir l'ordre, et surtout l'État-providence est aussi un État-gendarme très développé. Une donnée essentielle de l'action administrative au XXe siècle a été l'*élargissement considérable de la notion d'ordre public.* Sont apparues, et se sont renforcées au fil des années, des actions de réglementation et de contrôle des professions, ainsi que des actions de réglementation économique. L'interventionnisme économique s'est traduit par l'instauration d'une police économique, dont le but était la recherche d'un certain ordre économique dans l'intérêt général de la nation. Défini de façon plus ou moins concertée par les autorités politiques et les acteurs économiques, cet objectif a eu pour conséquence de réaliser un encadrement de plus en plus précis des activités des particuliers. Ainsi le développement des activités de prestation de l'État dans la société contemporaine s'est doublé d'une action puissante de recherche d'un ordre public au sens large, et les deux ont toujours été très liés à la fois dans les structures et dans les procédures [2].

Dans ces conditions, il est peu satisfaisant d'opérer une distinction entre police et service public en caractérisant, respectivement, de façon radicale, ces deux actions par la réglementation et par les prestations. S'il est certain que l'activité de réglementation tendant au maintien de l'ordre public connaît un régime juridique distinct de celui de l'activité de prestation de biens ou de services, ces deux façons d'agir sont fondamentalement complémentaires et, dans la pratique, étroitement liées. Les autorités administratives assument dans une grande majorité de cas les deux activités conjointement. Le service public n'est pas, loin de là, exempt de réglementations visant l'ordre social, et la police administrative débouche fréquemment sur des activités de prestation : l'osmose est constante, dans la réalité administrative, entre la **police** (Chapitre 1) et les **autres services publics** (Chapitre 2).

---

1. P. Legendre, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours,* PUF, coll. « Thémis », 1968, (p. 204 notamment) ou *Trésor historique de l'État en France,* Fayard, « Les Savoirs », 1992. L'auteur montre l'inexistence d'une opposition radicale entre l'État-gendarme et l'État-providence dans la mesure où la conception de l'État dans la société française est, dès l'Ancien Régime, celle d'un *« État-paternel »* à la fois gendarme et bienfaiteur. Et il n'y a pas entre l'État-paternel et l'État-providence une différence de nature, mais une différence de degrés d'interventionnisme, dans une perspective continue. V. également P. Rosanvallon, *La crise de l'État-providence,* Seuil, Paris, 1981. Celui-ci explique que l'État moderne (qui s'est dessiné sous l'Ancien Régime) se définit fondamentalement comme l'*État-protecteur :* l'État-providence n'est qu'une extension et un approfondissement de l'*État-protecteur. Adde* : F. Ewald, *L'État-Providence,* Grasset, 1986, et *Histoire de l'État providence. Les origines de la solidarité,* Le Livre de poche, LP 12, 1996 ; M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français,* LGDJ, « Bibl. de droit public », 1993.

2. D'une manière générale, sur ce qu'il en est de la notion d'ordre public : M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF, « Les grandes thèses du droit français », 2001 ; M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droit fondamentaux*, Bruylant-Nemesis, 2001.

Chapitre 1

La police administrative

La police administrative se caractérise par ses **finalités** (Section 1) et par ses **procédés** (Section 2). Telle qu'elle est aujourd'hui conçue, sa spécificité tient au but visé — le maintien de l'ordre public — et aux moyens utilisés pour l'atteindre [1].

Section 1
Les finalités

La police administrative concerne l'*ordre public* (§ 1) dont il s'agit de *prévenir* (§ 2) les atteintes.

§ 1. L'ordre public

Les mesures de police administrative, qui ont pour effet d'imposer des limitations aux libertés des individus, ne sont régulières que si elles sont prises en vue du maintien de l'ordre public. Elles ne peuvent pas, par exemple, avoir pour but d'éviter des charges financières à une commune, ou encore d'assurer l'exécution d'un contrat [2]. Cette recherche de l'ordre public permet de les différencier d'autres activités administratives qui semblent s'en rapprocher : gestion du domaine, réglementation des professions (par exemple, une autorisation d'ouverture d'un débit de boissons), etc. Mais, à vrai dire, la délimitation exacte du contenu de la notion — essentiellement contingente et évolutive — d'ordre public (comme de celle de l'intérêt général d'ailleurs) est impossible : ce contenu varie en fonction d'un certain consensus (interprété par les diverses autorités) dans une société donnée, à un moment de son évolution. C'est ce que reflète la jurisprudence du Conseil constitutionnel en faisant fréquemment référence à la notion sans en déterminer d'une façon générale le

---

1. É. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 146, 1984 (préface de R. Drago). *Adde* : Pierre-Henri Teitgen, *La Police municipale générale. L'ordre public et les pouvoirs du maire*, Sirey, 1934 ; P. Bernard, *La Notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 42, 1962. Sur l'histoire de la notion de police, outre les ouvrages déjà cités : P. Napoli, « "Police" : la conceptualisation d'un modèle juridico-politique sous l'Ancien Régime », *Droit*, 1994, n° 20, p. 183 et 1995, n° 21, p. 151 ; *Naissance de la police moderne, Pouvoirs, normes, société*, éd. La découverte, 2003.
2. Sur la jurisprudence relative au but (détournement de pouvoir), v. *supra*, dossier 10, p. 479 et *infra*, dossier 13, p. 634.

contenu. Le Conseil constitutionnel affirme que « la sauvegarde de l'ordre public est un objectif de valeur constitutionnelle ». Et il en déduit qu'il appartient au législateur de concilier l'exercice des libertés et la prévention d'atteintes à l'ordre public [1].

Traditionnellement, l'ordre public correspond à la **tranquillité,** à la **sécurité,** et à la **salubrité.** Il s'agit d'éviter des dommages, individuels ou collectifs, provoqués par des désordres, des accidents, des atteintes à la santé et à l'hygiène publique [2]. Le Code général des collectivités territoriales (art. 2212-2) définit en ce sens l'objet de la police municipale comme étant d'assurer « le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques ». Ces tranches classiques de l'ordre public sont toutefois complétées par des textes spéciaux : à l'instauration d'un état de paix s'ajoute la recherche ou la création d'un mieux-être ou d'un mieux-vivre individuel et collectif. Tendent à se fondre dans un même ensemble toutes les législations et réglementations de la vie sociale (par exemple, la réglementation stricte des normes de construction dans un but d'hygiène et de sécurité, la réglementation sur les vaccinations et les dépistages, etc.). À cet égard, il faut souligner que cette composante traditionnelle de l'ordre public qu'est la « salubrité » connaît une dimension très large aujourd'hui avec l'idée d'*ordre sanitaire.* Ce que l'on appelle globalement la police sanitaire a pris, à l'époque récente, une importance particulière. Et les nombreux événements graves touchant la santé publique ont conduit à l'émergence de la notion de *sécurité sanitaire*, et à l'élaboration de nouvelles règles. En conséquence, les activités de police proprement dites se conjuguent avec un ensemble d'interventions administratives qui sont régies par le Code de la santé publique. Ainsi, notamment, ont été instituées des agences de sécurité sanitaire [3].

Source d'un abondant contentieux, la police municipale a souvent conduit le juge administratif à préciser sa conception de l'ordre public. De sa jurisprudence, il ressort fort logiquement que cet ordre public est normalement fonction des **circonstances locales** qui, à un moment donné, déclenchent les risques de troubles. Apparaissent aussi des références à la *moralité* qui souvent ont semblé ambiguës et, en tout cas, ont suscité des discussions [4].

---

1. V. C. Vimbert, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1994.693 ; et, *infra*, p. 511.

2. M. Hauriou dégage bien les thèmes directeurs dans ce texte : « L'ordre public, au sens de la police est l'ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait opposé au désordre, l'état de paix opposé à l'état de trouble (...). Le désordre matériel est le symptôme qui guide la police comme la fièvre est le symptôme qui guide le médecin. Et la police emploie, comme la médecine, une thérapeutique qui tend uniquement à faire disparaître les symptômes ; elle n'essaie point d'atteindre les causes profondes du mal social, elle se contente de rétablir l'ordre matériel et même, le plus souvent, l'ordre dans la rue ; en d'autres termes, elle ne poursuit pas ce que l'on a appelé à une certaine époque l'ordre moral, l'ordre dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente ; si elle l'essayait, elle verserait immédiatement dans l'inquisition et dans l'oppression des consciences à cause de la lourdeur de son mécanisme » (*Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 1919, 9e éd.).

3. V. *infra,* p. 525.

4. V., par exemple, CE 18 déc. 1959, *Société « Les films Lutétia » et Syndicat français des producteurs et exportateurs de films*, *S.* 1960.94, concl. Mayras, *GAJA* no 79 : « ...un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut... interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ». Il a pu être considéré que le motif de l'interdiction est l'immoralité du film (appréciée localement) et donc que le Conseil d'État a introduit la moralité publique dans l'ordre public. Mais il est également admis que l'immoralité est seulement appréhendée dans cet arrêt, et d'une manière

Plus qu'une volonté d'instituer une morale abstraitement définie (un « ordre moral »), il n'y a là sans doute que le besoin d'éviter certains *troubles matériels* [1]. Évidemment l'appréciation des données conjoncturelles de temps et de lieu comporte toujours une part de subjectivité. Ainsi, une réunion publique à caractère politique prévue dans un lieu donné peut présenter des risques en raison de l'état d'esprit de la population, de la proximité d'élections, de la personnalité des orateurs, etc., et l'interdiction sera alors justifiée ; mais, dans un contexte différent, celle-ci pourrait être irrégulière parce que l'éventualité de troubles invoquée par l'autorité de police ne serait pas démontrée.

Tel n'est pas toujours le cas : « considérant que le respect de la **dignité de la personne humaine** est une des composantes de l'ordre public », le Conseil d'État a admis, en 1995, que « l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, **même en l'absence de circonstances locales particulières,** interdire une attraction » qui lui porte atteinte [2]. C'est en effet en lui-même et non en raison des circonstances qu'un acte ou spectacle est attentatoire à cette dignité. Faute de jurisprudence précisant la portée des arrêts de 1995, les conclusions du commissaire du gouvernement Frydman sur ces mêmes affaires donnent quelques repères. Conscient des dangers d'une interprétation extensive, il insistait sur le fait que le juge se devrait d'être très restrictif [3].

À cette jurisprudence de nature à renouveler la conception traditionnelle de l'ordre public en diversifiant ses composantes, s'en est ajoutée une autre concernant des arrêtés municipaux ayant interdit la circulation, la nuit, des mineurs de moins de 13 ans non accompagnés d'une personne majeure. Il en résulte que « pour contribuer à la **protection des mineurs** », le maire peut faire usage de ses pouvoirs de police générale, en fonction de circonstances locales particulières, à la **double condition** *que les mesures « soient justifiées par l'existence de risques particuliers* dans les secteurs pour lesquels elles sont édictées et *qu'elles soient adaptées par leur contenu à l'objectif de protection pris en compte* » [4]. Tout autant que « l'ordre matériel et extérieur », il s'agit de protéger des intérêts particuliers.

---

générale, comme constituant un danger pour le maintien de l'ordre public (matériel). C'est moins alors le caractère du film qui compte que les circonstances de sa diffusion. V. G. Lebreton, « Le juge administratif face à l'ordre moral », *Mélanges Peiser*, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 363.

1. Le champ est large. Il inclut des cas comme celui de la diffusion d'une œuvre blasphématoire dans une ville de pèlerinage ou encore d'un film évoquant une affaire criminelle dans la localité où celle-ci s'était déroulée... Reste que cela ne va jamais de soi et c'est si vrai qu'autorités administratives et juge administratif veillent, en définitive, à éviter les affaires susceptibles de prêter à polémique. Les maires n'utilisent pratiquement pas leur pouvoir d'interdiction de films. Et, lorsqu'ils le font, le juge exerce un contrôle très rigoureux.

2. CE 13 oct. 1995, 2 esp., *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Ville d'Aix-en-Provence*, *RFDA* 1995.1204, concl. P. Frydman ; *GAJA* n° 102. Était en cause « l'attraction de « lancer de nains » consistant à faire lancer un nain par des spectateurs », laquelle « conduit à utiliser comme projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle » : le Conseil d'État considère que « par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine » ; il précise que « l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération ».

3. Pour une critique des fondements mêmes de cette jurisprudence (dans le cadre d'une analyse plus générale de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État) : O. Cayla, « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat,* 1998, n° 100, p. 108.

4. CE, ordonnance du juge des référés, 2 esp., 9 juill. 2001, *Préfet du Loiret*, et 27 juill. 2001, *Ville d'Étampes*, *AJDA* 2002.351, note G. Armand. À rapprocher encore de l'arrêt (CAA de Paris, 21 déc. 2004, *Association Droit au logement Paris et environs*, *JCP A* 2005, n° 1064, note J. Moreau) admettant, dans

§ 2. Le caractère préventif de la police administrative

Les mesures de police administrative sont préventives : l'objectif est d'agir à l'avance pour éviter que l'ordre public ne vienne à être troublé. Des exemples typiques en sont donc les interdictions de manifestations, ou les réglementations relatives à la circulation.

Le corollaire de cette définition *a priori* claire est que la **police administrative se distingue de la police judiciaire** qui a la charge de *réprimer* les atteintes à l'ordre public, une fois celles-ci commises, ou, plus précisément, selon les termes de l'article 14 du Code de procédure pénale, de « constater les infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves et en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte ».

La distinction entre les deux polices est importante en droit, puisque le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires a pour conséquence que la direction et le contentieux de la police judiciaire relèvent de l'autorité judiciaire. L'Administration et le juge administratif n'ont de pouvoir que sur la police administrative et ne doivent pas intervenir dans le fonctionnement du service public judiciaire.

Toutefois, ce dualisme n'est pas rigoureux, pour plusieurs raisons. La première est qu'il existe une **communauté des personnels :** les agents et officiers de police judiciaire (tels, par exemple, les maires) sont souvent également dotés de compétences en matière de police administrative. Par suite, la qualité de l'auteur d'une décision n'est pas déterminante pour savoir si l'opération relève de la police judiciaire ou de la police administrative. La deuxième est la **polyvalence de nombreuses opérations de police.** En effet, d'une part, des opérations de police administrative peuvent, et ceci est fréquent, avoir un aspect répressif (agent qui, réglant la circulation, est amené à dresser procès-verbal d'une infraction ; préfet, qui, dans le but de prévenir des accidents, suspend son permis de conduire à un chauffeur fautif). D'autre part, certaines opérations de police judiciaire peuvent avoir un caractère préventif. Tel est le cas des *contrôles d'identité.* Ils peuvent être réalisés dans le cadre de la recherche de l'auteur d'une infraction mais aussi à simple titre préventif. La loi « Sécurité et Liberté » de 1981 avait d'ailleurs étendu et officialisé la procédure, opérant de la sorte une certaine confusion entre police judiciaire et police administrative (le personnel de la police judiciaire pouvant, à tout moment et dans le seul but de prévenir une atteinte à l'ordre public, inviter toute personne à justifier de son identité). Allant dans le même sens, une loi de 1983 a unifié le contentieux et donné compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des litiges provoqués par ces contrôles. Tout en maintenant la possibilité de contrôles à titre préventif, elle en avait également précisé les conditions : ces opérations ne pouvaient intervenir que dans des lieux déterminés où la sûreté des personnes ou des biens était immédiatement menacée. En 1986, un nouveau texte a disposé, de façon plus large, que « l'identité de toute personne peut être contrôlée pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens ». Suite à une interprétation restrictive de la Cour de

---

un même objectif de protection des intéressés, que le préfet de police de Paris prescrive que, par grands froids, les personnes sans abri soient prises en charge d'autorité.

cassation, une loi du 10 août 1993 [1] a encore précisé que l'identité de toute personne peut être ainsi contrôlée « quel que soit son comportement » [2].

Enfin, les autorités administratives peuvent éventuellement être tentées d'utiliser des pouvoirs de police judiciaire pour réaliser en fait une action préventive de police administrative. Tel fut le cas dans l'affaire *Société Frampar* en 1960 [3], concernant des saisies de journaux ordonnées par le préfet d'Alger se fondant sur des dispositions pénales, alors qu'il n'agissait que dans le cadre de sa mission de surveillance de l'ordre public.

En pratique, de nombreuses actions de police sont mixtes. Lorsqu'il doit qualifier une opération, le juge semble se fonder sur la finalité de l'action litigieuse et non sur le contenu de la décision. L'opposition se situe au niveau de l'existence ou de l'absence d'une infraction déterminée : si l'action de police ne se rattache pas à une infraction (réalisée ou projetée, réelle ou supposée), il s'agit de l'exercice de la police administrative. Mais la jurisprudence fait preuve de subtilité dans l'application des principes de distinction et dans le tracé d'une frontière que l'on a pu comparer à une sinusoïde [4]. Pourtant, dans des affaires de responsabilité à la suite de dommages causés par des opérations de police, le juge semble rechercher la simplicité. En effet, lorsque ces opérations comportent deux phases distinctes, une phase administrative puis, s'il y a eu infraction, une phase judiciaire, une application stricte du critère conduirait à reconnaître la compétence de la juridiction administrative pour la première phase et la compétence de la juridiction judiciaire pour la phase postérieure à l'infraction. Une telle dichotomie ne servant l'intérêt ni d'une bonne administration de la justice ni celui du justiciable, le Tribunal des conflits admet que, lorsque plusieurs actions de police ont concouru à la réalisation d'un même dommage, ce sont celles qui sont **essentiellement** à l'origine de ce dommage qui déterminent la juridiction compétente, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la nature de celles qui n'y ont contribué qu'*accessoirement* [5].

---

1. Loi du 10 août 1993 (*JO* 11 août 1993).
2. Il y a toutefois « réserve d'interprétation » du Conseil constitutionnel : dans tous les cas, le contrôle doit être justifié par des « circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public » (CC 5 août 1993 ; *AJDA* 1993.815, note P. Wachsmann). La matière, on le voit, est éminemment sensible. Deux préoccupations s'opposent : d'un côté, la satisfaction des exigences de l'ordre public, de l'autre côté, le respect de la liberté individuelle. Selon que l'une ou l'autre prévaut — en fonction des tendances politiques majoritaires — il y a plus ou moins de possibilités de contrôle. (Pour les étrangers, le régime général des contrôles d'identité doit en outre se combiner avec des dispositions spécifiques. V. É. Picard, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux : des régimes inutilement hétéroclites », *RFDA* 1994.959. Et, en se demandant ce qu'il en est aujourd'hui, A. Legrand, note sur Cass. 28 juin 1995, *M. Bechta*, *AJDA* 1996.72 : il souligne, au vu de l'affaire, les liens entre le contrôle d'identité et la rétention administrative des étrangers en instance de reconduite à la frontière, et conclut — n'est-ce pas un euphémisme ? — qu'il y a là un domaine où « notre conscience libérale prend les coups les plus durs »).
3. CE 24 juin 1960, *R.* 815, concl. C. Heumann ; *GAJA* n° 80. L'intérêt de la procédure judiciaire était qu'elle assurait à l'Administration une immunité de fait, mais le Conseil d'État a censuré le détournement de procédure.
4. J. Moreau, « Police administrative et police judiciaire : recherche d'un critère de distinction », *AJDA* 1963.68. *Adde* : CE 11 mai 1951, *Baud*, *S.* 1952.3.13, concl. J. Delvolvé, note Roland Drago ; TC 7 juin 1951, *Noualek*, *R.* 636, concl. J. Delvolvé ; CE 8 mars 1963, *Masetti*, *RDP* 1963.288, concl. C. Heumann ; 23 nov. 1963, *Marchon*, *R.* 581.
5. TC 5 déc. 1977, *Dlle Motsch*, et 12 juin 1978, *Société Le Profil*, *AJDA* 1978.444 (avec aussi, p. 452, CE 10 mars 1978, *Société Le Profil*, concl. Labetoulle — arrêt de renvoi au TC au motif qu'il y avait une difficulté sérieuse de compétence).

Section 2
Les procédés

La spécificité du régime juridique de la police administrative apparaît à travers trois éléments : la détermination stricte des autorités compétentes (§ 1) ; le caractère unilatéral des actes, et, attachées à ceux-ci, de fortes prérogatives de puissance publique (§ 2) ; l'étendue du contrôle du juge (§ 3).

§ 1. Les autorités compétentes

La détermination des compétences en matière de police dépend, dans ses principes, de la **Constitution** et de la **loi.** La Déclaration de 1789 donne compétence au législateur pour limiter l'exercice des libertés. L'article 34 de la Constitution confirme cette solution en réservant au législateur le pouvoir de fixer les règles relatives aux *garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* [1]. Dans ce cadre général, les autorités administratives édictent les **réglementations** (en précisant les modalités d'exercice des pouvoirs de police). Si la Constitution de 1958 donne au pouvoir réglementaire une compétence propre par l'article 37, une telle compétence avait été reconnue antérieurement par la jurisprudence. Dans l'arrêt *Labonne*, en 1919 [2], le Conseil d'État avait estimé que le président de la République pouvait réglementer l'exercice des libertés, même en l'absence d'une intervention du législateur, le maintien de l'ordre étant la condition nécessaire à l'exécution des lois en général et au bon fonctionnement des services.

A. Les titulaires du pouvoir de police

Des autorités titulaires du pouvoir de police générale doivent être distinguées celles qui sont chargées de polices spéciales (régies par divers textes particuliers).

---

1. V., par exemple, la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (*JO* 24 janv. 1995) : si les circonstances font craindre des troubles graves à l'ordre public, elle permet notamment au représentant de l'État dans le département et, à Paris, au préfet de police, à compter du jour de déclaration d'une manifestation sur la voie publique ou si la manifestation n'a pas été déclarée, dès qu'il en a connaissance, d'interdire le port et le transport sans motif légitime d'objets pouvant être utilisés comme projectile ou constituer une arme au sens de l'article 173-75 du Code pénal. Considérant que les mesures ainsi édictées touchent aux conditions dans lesquelles s'exercent la liberté individuelle, la liberté d'aller et venir et le droit d'expression collective des idées et des opinions, le Conseil constitutionnel (Décis. 18 janv. 1995, *JO* 21 janv. 1995) a confirmé « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de ces libertés constitutionnellement garanties et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public, et notamment des atteintes à la sécurité des personnes et des biens qui répond à des *objectifs de valeur constitutionnelle* ».
2. CE 8 août 1919, *Labonne*, *R.* 737, *GAJA* n° 36.

I. La police générale

Elle est exercée soit *au nom de l'État,* soit *au nom de la commune* [1].

a) Au nom de l'État

La police générale est exercée, pour l'ensemble du territoire national, par le **Premier ministre** (sous réserve des pouvoirs attribués au **président de la République** par l'article 13, et, éventuellement, par l'article 16), étant entendu que « l'article 34 de la Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police qu'il exerçait antérieurement, en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative » [2].

Si le *ministre de l'Intérieur* joue un rôle important dans le fonctionnement concret de la police, puisque les personnels de la police d'État sont placés sous son autorité [3], en revanche, il n'est pas titulaire d'un pouvoir réglementaire en ce domaine, sauf textes particuliers (il exerce certains pouvoirs de police spéciale). En cela, il est dans la situation de tous les autres membres du gouvernement.

Toujours au nom de l'État, c'est le **préfet** qui a la responsabilité du maintien de l'ordre dans le cadre du département. Il est assisté dans certains cas par un préfet délégué pour la police [4]. À Paris, où le maire n'a que des attributions limitées en matière de police administrative, intervient un *préfet de police* ayant des compétences étendues qui comprennent notamment la police de la circulation.

Cet exercice de la police administrative générale, depuis quelques années, est au cœur du débat politique. L'accent a été mis sur la *sécurité* et, pour un renforcement de l'action, des mesures spécifiques ont été adoptées afin notamment de mieux *coordonner les interventions.* Les lois se sont multipliées. C'est ainsi que la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 souligne la *responsabilité principale de l'État* pour assurer ce « droit fondamental » qu'est la sécurité. Dans cette perspective, selon les termes de la loi du 18 mars 2003, le préfet « anime et coordonne la prévention de la délinquance et l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure ». Allant dans le même sens, l'article 1er de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne consacre la pratique des *contrats locaux de sécurité* développée à partir de

---

1. En outre, *au nom du département* et, depuis la loi du 2 mars 1982 sur la décentralisation (CGCT, art. L. 3221-4), le **président du conseil général,** qui gère le domaine du département, exerce les pouvoirs de police afférents à cette gestion (notamment la circulation sur les voies départementales).
2. CC 20 févr. 1987 (*JO* 26 févr. 1987). Sous la IIIe République, la décision Labonne, avait reconnu au *chef de l'État* des pouvoirs propres de police. Sous la IVe République, c'était le *président du Conseil* qui exerçait ces pouvoirs. Depuis 1958, c'est le Premier ministre.
3. Pour l'exercice de ses missions de sécurité intérieure, le ministre de l'Intérieur est aussi « responsable de l'emploi des services de la gendarmerie nationale » (Décr. 16 juin 2005 relatif aux attributions du ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire) (*JO* 17 juin 2005).
4. « Préfet adjoint pour la sécurité » dans les Bouches-du-Rhône, la Corse-du-Sud et la Haute-Corse (Décr. 13 sept. 1989) ; « Préfet délégué pour la sécurité et la défense » dans les zones de défense Nord, Sud, Est, Sud-Est, Sud-Ouest (Décr. 18 mars 1993). S'ajoute l'institution des *préfets de zone* (qui ont un rôle de coordination des préfets de département en cas de crises ou d'évènements d'une particulière gravité) : O. Gohin, « Les préfets de zone de défense », *RDP* 2001.1357 ; décret du 16 janvier 2002 relatif aux pouvoirs des préfets de zone (*JO* 19 janv. 2002), et loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (*JO* 19 mars 2003). Cette loi, d'ailleurs, renforce les pouvoirs de police des préfets de département (elle élargit leurs pouvoirs de réquisition et d'action d'office).

1997 : « l'État associe, dans le cadre des contrats locaux de sécurité, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, qui participent également à la politique de sécurité. D'autres personnes, morales et privées, et notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport, peuvent concourir à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces contrats » [1].

Répond aussi à un objectif de coordination, le *Conseil de sécurité intérieure* qui, tel qu'organisé par un décret de 1997, réunissait, sous la présidence du Premier ministre, divers membres du gouvernement pour définir les orientations générales de la politique de sécurité intérieure. L'une des premières décisions du Président de la République réélu en 2002 a été d'en assurer la présidence [2].

Avec la sécurité intérieure, la *sécurité civile* concourt également à la protection des populations. Elle a notamment pour objet – l'État étant garant de sa cohérence au plan national – la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations. Ce qui donne lieu à des plans d'organisation des secours (ORSEC), dont le plan POLMAR [3].

b) Au nom de la commune

Sur son territoire, le pouvoir de police est exercé par le **maire.** Celui-ci dispose en la matière d'un *pouvoir propre* (indépendant des attributions du conseil municipal). Les articles L. 2212.1 et 2 du Code général des collectivités territoriales disposent qu'il est chargé, sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département, de la police municipale (dont l'objet est d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques), de la police rurale et de l'exécution des actes de l'État qui sont relatifs à ces missions. Pourtant, *dans un certain nombre de communes, la police est étatisée* : le personnel de police est un personnel d'État [4] et les pouvoirs relatifs à la tranquillité publique (en cas de grands rassemblements occasionnels, manifestations, rixes...) appartiennent au préfet [5]. Selon les termes de la loi sur la sécurité du 21 janvier 1995, ce régime

---

1. *JO* 16 nov. 2001. Et, sur ces « contrats » : décret du 17 juillet 2002 relatif aux dispositifs de sécurité et de coopération pour la prévention et la lutte contre la délinquance (*JO* 18 juill. 2002). Selon la loi de 2001, « la sécurité est un droit fondamental. Elle est *une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités* ». Pour la loi de 2003 – comme celle de 1995 – elle « est un droit fondamental et *l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* ». Par-delà la compétence des autorités susceptibles de l'assurer, se pose toujours, on le voit, la question de sa définition, celle également de l'équilibre à réaliser entre sécurité et liberté.
2. Décret du 15 mai 2002 relatif au Conseil de sécurité intérieure (*JO* 16 mai 2002).
3. Loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (*JO* 17 août 2004) ; décret du 13 septembre 2005 relatif au plan ORSEC (*JO* 15 sept. 2005) ; instruction du 11 janvier 2006 portant adaptation de la réglementation relative à la lutte contre la pollution du milieu marin (POLMAR) (*JO* 13 janv. 2006).
4. Les *personnels d'État* chargés de la police sont ceux de la police nationale et ceux de la gendarmerie nationale. Les *personnels communaux*, sous l'autorité du maire, sont les gardes champêtres (CGCT, art. 2213-16), et les agents de police municipale dont le statut et les attributions sont maintenant fixés par la loi du 15 avril 1999 relative aux polices municipales (*JO* 16 avr. 1999).
5. Les rassemblements « habituels » (marchés, foires, défilés traditionnels) et (depuis une loi du 28 novembre 1990) les « bruits de voisinage » restent de la compétence du maire. V. art. L. 2214-4 du CGCT.

« peut être établi dans une commune en fonction de ses besoins en matière de sécurité » et il est institué d'office dans les villes qui sont les chefs lieux de départements [1].

Une autre évolution pourrait être amorcée par la loi du 13 août 2004 relative aux responsabilités et libertés locales. Dans différents domaines qu'elle énumère, celle-ci permet un certain transfert d'attributions au président d'un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, tout en précisant qu'alors les « arrêtés de police sont pris conjointement » par ce président et le ou les maires des communes concernées [2].

II. Les polices spéciales

Elles ne s'appliquent qu'à certaines catégories d'administrés (nomades, étrangers), à certaines activités (cinéma, affichage, jeux, chasse, pêche, publications destinées à la jeunesse), à certains bâtiments (édifices menaçant ruine, installations classées), ou encore à certains lieux (gares, aérodromes). Elles n'existent qu'en vertu de textes particuliers, dont les dispositions sont le plus souvent très précises (plus que les dispositions relatives à la police générale). Les autorités de police générale peuvent être chargées de polices spéciales : c'est le cas du préfet et du maire [3]. Mais les ministres sont également compétents dans certains cas (par exemple, le ministre des Transports pour la police des chemins de fer, le ministre de la Culture pour la police du cinéma, et surtout le ministre de l'Intérieur qui est chargé de la police des étrangers, ainsi que de la police des jeux et celle des publications destinées à la jeunesse). Enfin, d'autres autorités peuvent être chargées de certains pouvoirs de police : par exemple, le président de l'Université pour le maintien de l'ordre dans les locaux universitaires [4].

B. L'aménagement des compétences

a) Les pouvoirs de police générale exercés par le préfet pour le compte de l'État ont pour cadre soit le territoire départemental, soit deux ou plusieurs communes du département. De plus, le préfet peut, en cas de carence d'un maire, et après mise en demeure, se substituer à lui pour prendre une mesure de police nécessaire à la commune [5].

b) L'intervention d'une autorité supérieure de police générale n'exclut pas celle d'une autorité inférieure mais celle-ci ne peut alléger ou assouplir les mesures prises [6] ; elle a seulement le *droit d'aggraver les prescriptions arrêtées au niveau supérieur si les*

---

1. CGCT, art. L. 2214-1. Les besoins « s'apprécient au regard de la population permanente et saisonnière, de la situation de la commune dans un ensemble urbain et des caractéristiques de la délinquance ».
2. CGCT, art. L. 5211-9-2 (comm. J.-F. Joye, *AJDA* 2005.21).
3. Ainsi, dans le cas d'édifices menaçant ruine, le maire exerce tantôt ses pouvoirs de police spéciale (si le danger provient à titre prépondérant de causes propres à un immeuble), tantôt ses pouvoirs de police générale (si un péril vient d'une cause extérieure, par exemple un éboulement de terrain ou une inondation) : CE 10 oct. 2005, *Commune de Badinières*, *AJDA* 2006.362, chron. C. Landais et F. Lenica.
4. X. Furon, « Le pouvoir de police dans les universités », *AJDA* 2005.755 ; CE 26 oct. 2005, *M. Gollnisch*, *AJDA* 2006.505, note A. Legrand.
5. Le préfet détient également ce pouvoir de substitution vis-à-vis du président du conseil général : après mise en demeure restée sans résultat, il exerce les attributions au demeurant fort limitées dévolues au président du conseil général en matière de police.
6. CE 18 avr. 1902, *Commune de Néris-les-Bains*, *R.* 275, *S.* 1902.3.81, note M. Hauriou ; CE 8 août 1919, *Labonne*, *R.* 737 ; *GAJA* n° 10 et 36.

circonstances locales l'exigent (par exemple, le maire, lorsqu'il établit la réglementation de la circulation dans sa commune, complète les dispositions du Code de la route...).

c) Dans certains cas, l'existence d'une police spéciale *exclut* l'exercice des pouvoirs de police générale (ainsi le préfet assure la police des gares et aéroports et cela exclut l'exercice par le maire de son pouvoir de police générale). Tout au plus peut être alors admise une intervention justifiée par un *péril imminent* [1].

Dans d'autres cas, il y a *concours* des deux sortes de police : ainsi, le ministre chargé des Affaires culturelles qui est, à ce titre, titulaire d'un pouvoir de police spéciale, est compétent pour autoriser la diffusion des films (visas d'exploitation) ; puis le maire, par ses pouvoirs de police générale, peut également agir en la matière. Mais si le maire peut interdire la projection d'un film (en se fondant sur les circonstances locales) autorisé par le ministre, il ne saurait laisser projeter un film n'ayant pas obtenu le visa national [2].

§ 2. Le caractère unilatéral des actes de police administrative

a) Les autorités de police agissent par voie d'**actes réglementaires,** en prenant des mesures à portée générale (sous réserve naturellement de la délimitation géographique des compétences), et par voie de **décisions individuelles ou particulières** (autorisations, interdictions, injonctions). Il faut toutefois noter qu'en principe les autorités de police ne peuvent subordonner l'exercice d'une activité à une autorisation (ou une déclaration préalable) que dans les cas où la loi le prévoit [3].

Souvent aussi les autorités et agents publics accomplissent des *actes d'exécution matérielle* qui sont le prolongement ou l'aboutissement, en quelque sorte, de décisions juridiques (par exemple, la dispersion de manifestants).

Tous les *actes normateurs* sont obligatoirement **des actes unilatéraux.** En effet, la règle est que les autorités ne peuvent exercer leurs compétences que par ce moyen : tout contrat

---

1. Par exemple, le maire ne peut s'immiscer dans l'exercice de la police spéciale des installations classées, qui appartient au préfet, mais, s'il y a péril éminent, il peut intervenir en exerçant son pouvoir de police générale : CE 29 sept. 2003, *Houillères du Bassin de Lorraine*, *AJDA* 2003.2164, concl. T. Olson. Même solution concernant la police spéciale de la dissémination des organismes génétiquement modifiés confiée par le code de l'environnement au ministre de l'Agriculture : CAA de Lyon 26 août 2005, *Commune de Ménat*, *AJDA* 2006.38, note E. Kolbert.
Dans l'arrêt *Commune de Badinières* (cité p. 514, note 3), après avoir distingué, selon la cause du danger, les pouvoirs de police générale du maire et ses pouvoirs de police spéciale des édifices menaçant ruine, le Conseil d'État précise : « toutefois, en présence d'une situation d'extrême urgence créant un péril particulièrement grave et imminent, le maire peut, quelle que soit la cause du danger, faire légalement usage de ses pouvoirs de police générale, et notamment prescrire l'exécution des mesures de sécurité qui sont nécessaires et appropriées ».
2. V. l'arrêt *Société « Les films Lutétia* », de 1959 (*supra*, p. 507, note 4). V. également, concernant les pouvoirs du ministre, CE 30 juin 2000, *Association Promouvoir*, *AJDA* 2000.674, chron. M. Guyomar et P. Collin : dès lors que le film *Baise-moi* « constitue (...) un message pornographique et d'incitation à la violence », il ne pouvait se borner à assortir le visa d'exploitation d'une interdiction aux mineurs de moins de 16 ans et d'un avertissement.
3. V., par exemple, l'article 53 de la loi du 15 novembre 2001 concernant ce qui est communément appelé « rave-party » et que le législateur qualifie de « rassemblement exclusivement festif à caractère musical, organisé par des personnes privées, dans des lieux qui ne sont pas au préalable aménagés à cette fin ». Déclaration doit être faite auprès du préfet (décret d'application du 3 mai 2002, modifié par décret du 21 mars 2006). De même, sont soumises à un régime de déclaration préalable toutes les manifestations sur la voie publique : v., par exemple, à ce sujet : CE 30 déc. 2003, *M. L.*, *AJDA* 2004.888.

est impossible en droit positif en vue du maintien de l'ordre public. L'explication généralement donnée est que les administrés sont vis-à-vis de cette action administrative des assujettis : ils n'ont *pas de droits acquis.* L'exercice des pouvoirs de police ne saurait être l'objet d'un échange contractuel (encore moins d'un marchandage...). La jurisprudence est ferme sur ce point et affirme la nullité entre les parties et l'inopposabilité aux tiers d'éventuelles conventions passées en violation de la règle [1] dont le fondement véritable est la primauté de l'ordre public et dont le corollaire est l'**obligation d'agir** des autorités en cas de nécessité. Le droit d'action unilatérale est en réalité un devoir. De même que l'Administration ne peut se dessaisir, par voie de contrat, de ses responsabilités en matière de police, de même est-elle dans l'obligation de les exercer lorsqu'une situation de fait l'exige. La mission qui incombe aux autorités de police n'est pas une mission facultative mais, au moins en partie, une *compétence liée* [2].

b) Les autorités de police disposent de **prérogatives** particulièrement puissantes. Dans certaines conditions, elles peuvent procéder à des *réquisitions,* notamment en cas d'urgence, par exemple, pour reloger des personnes évacuées d'un immeuble menaçant ruine [3]. En outre, elles ont, plus souvent que les autres autorités administratives, le droit de procéder à l'*exécution forcée* des mesures de police. Certains textes spéciaux le prévoient, et surtout l'urgence le justifie fréquemment (par exemple, dans le domaine de la circulation et du stationnement des véhicules). Mais le juge sanctionne les abus et, notamment, les voies de fait [4].

Une autre donnée importante est que les mesures de police **ne sont pas des sanctions administratives.** Des décisions telles que l'expulsion d'un étranger ou la suspension administrative du permis de conduire ont, certes, à la fois une finalité préventive et répressive. Mais le Conseil d'État considère que ces mesures sont destinées à protéger l'ordre et la sécurité et ne constituent pas des sanctions. Cela a pour conséquence de permettre aux autorités d'appliquer des lois plus rigoureuses avec effet rétroactif (ce qui est impossible pour les sanctions) [5]. Et surtout, les mesures de police n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme [6].

Cependant, si les autorités de police disposent ainsi d'importantes prérogatives, l'exercice de leurs pouvoirs est assorti de **garanties pour les administrés.** En premier lieu, depuis la loi de 1979, les *mesures individuelles de police doivent être motivées.* En second lieu, l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 organise une *procédure contradictoire*

---

1. CE 23 mai 1958, *Amoudruz*, *R.* 301 ; *AJDA* 1958.309. *Adde* : CE 8 mars 1985, *« Les amis de la terre »*, *AJDA* 1985.382 ; CE 1er avr. 1994, *Commune de Menton*, *RDP* 1994.1825, note J.-B. Auby.
2. V. CE 14 déc. 1962, *Doublet*, *R.* 680, *S.* 1963.92, concl. M. Combarnous ; 13 mai 1983, *Mme Lefebvre*, *AJDA* 1983.476, concl. M. Boyon. S'il y a bien obligation d'agir, la jurisprudence est forcément très nuancée. Il ne s'agit pas de maintenir l'ordre public à n'importe quel prix, sans discernement. V. n° spécial annuel, *AJDA* 1999, *Puissance publique ou impuissance publique ?* (articles de D. Truchet, D. Mondon, J.-Cl. Bonichot) ; ou encore H. Groud, « Réflexions sur le contrôle des installations classées. À propos de jurisprudences récentes », *AJDA* 2005.1492.
3. CE 15 févr. 1961, *Werquin*, *R.* 118, *RDP* 1961.321, concl. G. Braibant.
4. TC 8 avr. 1935, *Action française*, *R.* 1226, concl. P. Josse.
5. CE 7 nov. 1990, *Harrou*, *AJDA* 1991.49, concl. R. Abraham.
6. V. CE 3 nov. 1989, *Blanquié*, *RDP* 1990.907 ; CE 22 juin 2001, *Sté Athis*, *AJDA* 2001, chron. M. Guyomar et P. Collin. Si la suspension du permis de conduire est une mesure de police (arrêt *Blanquié*), le retrait de points du permis de conduire, prononcé par le ministre à la suite d'une condamnation pénale, est qualifié de sanction administrative, et l'article 6 de la CEDH est applicable (avis du contentieux du Conseil d'État du 27 sept. 1999, *JO* 4 nov. 1999). Sur les sanctions administratives, *supra,* p. 498.

(préalable à la décision) pour les actes individuels qui doivent être motivés en application de la loi de 1979 : il s'agit donc, notamment, des actes de police. En troisième lieu, il y a contrôle du juge et différents *référés* sont possibles en application de la loi du 30 juin 2000 (référé-suspension, référé-liberté, référé sur déféré préfectoral) [1].

§ 3. Le contrôle des pouvoirs de police administrative

L'exercice des pouvoirs de police porte atteinte aux activités individuelles et risque de violer des libertés publiques. La tâche du juge est donc essentielle mais aussi très délicate, car l'appréciation de la gravité d'une situation est souvent fort subjective.

Il ressort de la jurisprudence trois données principales : la première est la rigueur du contrôle effectué sur les actes de police en temps normal ; la seconde est la limitation du contrôle sur les mesures de la police des étrangers ; enfin la troisième est l'extension des pouvoirs de police en temps de crise (avec la jurisprudence des circonstances exceptionnelles).

A. Le contrôle en temps normal

Le juge cherche à concilier l'intérêt général (et donc la nécessité du maintien de l'ordre) et la protection des droits et libertés. Cet objectif le conduit à analyser de manière très approfondie le bien-fondé des actes de police et à exercer un **contrôle « maximum »**.

En effet, le juge vérifie le respect des compétences, des formes, des procédures, la régularité du but et des motifs de droit et de fait. À propos de ces derniers, il vérifie l'**exactitude matérielle des faits,** c'est-à-dire l'existence d'une menace effective de désordre ; il contrôle la **qualification juridique des faits,** c'est-à-dire si la menace de désordre est bien de nature à justifier une mesure de police ; enfin, il s'interroge sur le point de savoir si la menace de désordre est, en l'espèce, assez grave pour imposer la décision qui a été prise : il doit y avoir adaptation aux circonstances et toute limitation des libertés publiques n'est régulière que si elle est *nécessaire* face à une situation de fait. Le juge contrôle donc, en définitive, l'**adéquation des moyens aux fins,** la gravité d'une mesure devant correspondre à la gravité de la menace : au nom du *principe de proportionnalité*, il censure en réalité des décisions qu'il estime inopportunes.

Ainsi, l'étendue des pouvoirs de police varie-t-elle selon la nature de l'activité concernée et selon les circonstances de temps et de lieu (gravité de la menace pesant sur l'ordre public, moyens disponibles pour y faire face, etc.). Les jugements et arrêts sur la question sont très nombreux et nuancés [2]. Sont *a priori* suspectes les interdictions

---

1. Sur ces référés : *supra*, p. 60 et 492.

2. V., par exemple : CE 19 févr. 1909, *Abbé Olivier*, *R.* 181 ; 19 mai 1933, *Benjamin*, *R.* 541 ; 22 juin 1951, *Daudignac*, *R.* 362 (*GAJA*, n°s 20, 47, 68). De même : CE 23 mars 1973, *Association dite « Les Droits du Piéton »*, *R.* 246, *RDP* 1974.271, concl. A. Bernard ; 4 mai 1984, *Préfet de police c/M. Guez*, *AJDA* 1984.393, concl. O. Dutheillet de Lamothe. Concernant des mesures contre la mendicité : TA de Pau, 22 nov. 1995, *M. Couveinhas Jacques, Association « Sortir du fond » c/Commune de Pau*, *RFDA* 1996.373, concl. J.-Y. Madec : « il résulte de l'instruction, et notamment des réclamations adressées à la mairie dans les mois précédant l'arrêté, que les troubles allégués reliés au comportement de certains sans domicile fixe ne concernaient qu'un nombre limité de voies et places » ; il s'ensuit que le maire ne pouvait

générales et absolues. Et toujours il s'agit de savoir si une interdiction n'est pas trop générale et absolue, si elle ne va pas au-delà de ce qui était strictement nécessaire [1].

Par ailleurs, le contentieux de la police comporte, à côté d'un contentieux de l'annulation, un contentieux de la responsabilité combinant la responsabilité pour faute simple, pour faute lourde, la responsabilité sans faute, et des régimes spéciaux d'origine législative.

Enfin, le juge administratif n'est pas seul à contrôler la régularité des mesures de police administrative. Le juge judiciaire peut également en connaître, soit lorsque la mesure contestée est constitutive d'une voie de fait, soit à l'occasion d'une sanction pénale (le juge répressif peut être saisi de la régularité d'un règlement de police par voie d'exception).

B. Le contrôle de la police des étrangers

Dans le domaine de polices qui relèvent uniquement de l'État et concernent des personnes ou des activités spécifiques (police des étrangers, police des frontières, police des publications étrangères), le juge laissait une grande liberté d'action à l'Administration. Il renonçait à contrôler l'adéquation des moyens aux fins (la proportionnalité), et même la qualification juridique des faits : il n'effectuait qu'un *contrôle « minimum »* se bornant à l'examen de l'existence matérielle des faits. C'est ainsi, par exemple, que, dans un arrêt relatif à une publication étrangère, le Conseil d'État, après avoir constaté que les mesures ne reposaient pas sur des faits matériellement inexacts, a pu considérer que « l'appréciation à laquelle le ministre s'est livré du danger que présentent pour l'ordre public les ouvrages dont il s'agit n'est pas susceptible d'être discutée devant la juridiction administrative [2] ».

Une **double évolution** s'est produite. D'abord, d'une manière générale, le juge a affiné son contrôle en y incluant la recherche des *erreurs manifestes d'appréciation* faites par les autorités *(contrôle restreint).* Sans transformer l'étendue des pouvoirs de l'Administration, cette méthode permet de sanctionner des abus grossiers, évidents, manifestes, notamment dans le contentieux des expulsions d'étrangers [3]. Ensuite, et depuis quelques années, le juge effectue un *contrôle normal sur certaines catégories de décisions :* ainsi, en matière de police des étrangers, lorsque les destinataires sont des ressortissants des États membres de l'Union européenne ; ou encore, pour les autres étrangers, lorsqu'ils sont fondés à se

---

prononcer l'interdiction, « au surplus sans aucune restriction dans le temps, d'une part de la mendicité dans tout le centre de la ville et, d'autre part, dans tous les lieux publics de la commune, des quêtes non autorisées et de la consommation de boissons alcoolisées en dehors des terrasses de cafés et restaurants, aires de pique-niques et lieux de manifestations locales » ; (autre affaire et même solution : TA Poitiers, 19 oct. 1995, *Massaoud Abderrezak c/Commune de La Rochelle*, *ibid.*, p. 377).

1. Peut encore être soulignée l'attention désormais portée au respect du droit de la concurrence. À propos de la réglementation sur l'affichage publicitaire, le Conseil d'État a considéré que l'autorité de police a « l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les *règles de concurrence* » : CE, avis du contentieux, 22 nov. 2000, *Sté L et P Publicité SARL*, *RFDA* 2001.872, concl. S. Austry ; *infra*, p. 559.
2. CE 17 déc. 1958, *Société Olympia Press*, *D.* 1959.175, concl. G. Braibant.
3. CE 2 nov. 1973, *Soc. Librairie François Maspero*, *R.* 611, *JCP* 1974.II.17642, concl. G. Braibant, note R. Drago ; 3 févr. 1975, *Ministre de l'Intérieur c/Pardov*, *R.* 83, *AJDA* 1975.131 ; 21 janv. 1977, *Ministre de l'Intérieur c/Dridi*, *R.* 38, *AJDA* 1977.154.

prévaloir des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme [1]. De même, en 1997, la jurisprudence du Conseil d'État relative aux publications étrangères a évolué dans le sens d'une meilleure protection des libertés publiques, en l'occurrence la liberté d'expression : elle a admis que les interdictions prononcées par le ministre de l'Intérieur relèvent d'un contrôle entier devant le juge de l'excès de pouvoir. Cependant, cette solution n'a pas réglé tout le problème. Saisie par le même requérant, la CEDH a rendu en 2001 un arrêt condamnant la France : elle a considéré que la réglementation relative aux publications étrangères est contraire à la liberté d'expression (article 10 de la Convention) car elle établit des discriminations injustifiées. À la suite de quoi le Conseil d'État a été amené en 2003 à annuler le refus du Premier ministre d'abroger le décret-loi de 1939 fondant les pouvoirs du ministre de l'Intérieur en la matière, avant que celui-ci ne soit finalement abrogé par décret du 4 octobre 2004 [2].

C. L'extension des pouvoirs de police en période exceptionnelle

Les **textes** régissant des situations de crise ont pour effet de permettre aux autorités de contrevenir aux règles de droit ordinaire, particulièrement en matière de police. Celles-ci sont, en temps de crise, évidemment amenées à agir davantage et dans un souci d'efficacité très immédiate.

Parallèlement à ces dispositions écrites, il existe aussi une **jurisprudence des circonstances exceptionnelles.** Le juge apprécie lui-même le caractère exceptionnel des circonstances pouvant justifier l'extension des pouvoirs de l'Administration. Une telle situation modifie l'ordre normal des compétences et les règles de procédure ; elle justifie des mesures dont le contenu constituerait en temps normal une atteinte abusive à des libertés individuelles [3].

---

1. CE 24 oct. 1990, *Ragusi*, *AJDA* 1991.322, concl. R. Abraham ; CE 19 avr. 1991, *Belgacem et Mme Babas*, *RFDA* 1991.497, concl. R. Abraham. La jurisprudence relative aux expulsions d'étrangers invoquant l'article 8 de la CEDH montre la difficulté à concilier les impératifs de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée et familiale : v. concl. M. Guyomar sur trois arrêts du Conseil d'État du 19 mars 2003, *AJDA* 2003.1055. D'une manière générale, apparaît depuis longtemps un régime juridique applicable aux étrangers aussi complexe qu'instable. Parmi les nouvelles dispositions de la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et l'intégration, destinées en principe à l'améliorer, v. *supra*, p. 491, la procédure de recours contre les « refus de séjour assortis d'une obligation de quitter le territoire français mentionnant le pays d'origine ».
2. CE 9 juill. 1997, *Association Ekin*, *RFDA* 1997.1284, concl. M. Denis-Linton, et note B. Pacteau ; CEDH 17 juill. 2001, *Association Ekin c/France*, *AJDA* 2002.52, note F.-J. Laferrière ; CE 7 févr. 2003, *GISTI*, *AJDA* 2003.996, note F.-J. Laferrière. Et sur l'ensemble (montrant qu'il pourrait subsister des difficultés au regard de la CEDH) : N. Ach, « Le dépérissement progressif de la police des publications étrangères », *AJDA* 2005.1606.
3. V. *supra,* dossier 10, p. 488, sur les circonstances exceptionnelles. Avec le rapport au Premier ministre qui en précise le sens, le décret du 8 novembre 2005 relatif à l'application de la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence montre tout particulièrement ce que peuvent être alors les pouvoirs de police (*JO* 9 nov. 2006).

Chapitre 2

Les services publics

« Les » services publics ou « le » service public ? Au pluriel ou au singulier, l'expression, on le devine, n'a pas exactement le même sens. Sans parler de ce qu'elle peut avoir de mythologique [1], il est clair qu'elle se prête à des usages différents. Toujours à son propos, une question préalable se pose : « de quoi parle-t-on lorsqu'on emploie l'expression de service public ? » [2]

Pour situer les réponses possibles, le rapport au Premier ministre de la mission présidée par Renaud Denoix de Saint-Marc [3] (vice-président du Conseil d'État) constate que « par un glissement verbal, on passe aisément [...] *du* service public, principe unificateur, *aux* services publics, activités précises considérées une à une, puis *aux organismes* chargés de les fournir : le même mot désigne un concept général, un grand secteur comme l'énergie, une entreprise comme Électricité de France ». Si l'on veille à bien distinguer, apparaissent donc, d'une part, des services publics aux modalités d'organisation très diverses, d'autre part, ce que le même rapport appelle la **« doctrine juridique du service public »** [4].

L'essentiel de la doctrine tient en *deux affirmations*. Selon ce rapport, il est supposé qu'« à l'origine de tout service public se trouve un besoin reconnu par la collectivité, que l'initiative privée ne parvient pas à satisfaire ». Ensuite, il est admis que « ce sont les pouvoirs publics qui veillent à (sa) satisfaction ». Ce qui signifie qu'il s'agit d'une doctrine accordant « une place centrale aux pouvoirs publics nationaux et locaux » : « Ce sont eux qui décident qu'une activité a le caractère de service public... eux qui décident d'en réglementer les conditions d'exécution... eux, enfin, qui contrôlent cette exécution ». Quelques grands principes s'imposent bien pour la fourniture du service : continuité, égalité, adaptabilité ; mais aussi neutralité, transparence, ou (pour les services publics organisés sous la forme d'un établissement public) spécialité. Il n'empêche que l'ensemble se veut « très plastique ». Rien ne saurait entraver « l'adaptation de l'organisation des

---

1. « Le service public apparaît en France comme un véritable mythe, c'est-à-dire une de ces images fondatrices, polarisant les croyances et condensant les affects, sur lesquels prend appui l'identité collective » (J. Chevallier, « Regards sur une évolution », *AJDA* 20 juin 1997, n° spécial *Le service public. Unité et diversité*, p. 8).
2. *Services publics, question d'avenir*, Rapport de la commission présidée par C. Stoffaes (commissariat général du plan), Éd. Odile Jacob et La Documentation française, 1995, p. 46.
3. *Le service public*, Rapport de la mission présidée par R. Denoix de Saint-Marc, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1996, p. 13.
4. V. à son propos : P. Chrétien, « Divine surprise ou éternels regrets ? ! La vacuité de la doctrine juridique du service public », *Sociétés contemporaines*, n° 32 (Service public et service universel), oct. 1998, p. 11.

services publics à toutes sortes de changements dans la technique, l'économie et la société ».

C'est dire que *deux questions* se posent. Quand doit-il y avoir création d'un service public ? Quelles doivent en être les conditions d'exécution ? Mettre l'accent sur la décision des pouvoirs publics vient opportunément rappeler qu'il y a d'abord en la matière des choix politiques à faire. Est en jeu la conception que l'on se fait de l'État et plus généralement de la société. Au-delà des aspects purement juridiques, il y a à s'interroger sur le déploiement des services publics, leur coût, leur efficacité. Par là même, s'explique l'importance de la notion de service public : en tant que telle, elle qualifie certaines activités qui se voient appliquer un certain régime juridique ; elle a vocation à rendre compte de ce que sont effectivement les services publics créés et du régime juridique qui s'ensuit [1].

La **notion de service public** est, à la fois, l'une des plus importantes et l'une des plus controversées du droit administratif. *Notion importante,* car, ayant à rendre compte de ce que sont les services publics, elle contient l'idée de finalité sociale, de satisfaction des besoins collectifs et peut donc être appréhendée comme « *pivot du rôle de l'État* ». C'est ce qu'a expliqué Léon Duguit [2] pour qui le pouvoir de l'État n'est justifié qu'en tant qu'il réalise des services pour la collectivité. L'idée de service public s'oppose dans cette conception à celle de puissance publique qui ne peut avoir de valeur en soi sans autre finalité. Cependant, si Jèze, Bonnard, de Laubadère, tout comme Duguit, ont pu perfectionner cette théorie centrale du droit administratif, ils ont été confrontés à un paradoxe souvent dénoncé par leurs adversaires ou leurs critiques : le service public confère une légitimité à l'action de l'État et donc à ses pouvoirs ; il confirme et renforce la puissance publique en même temps qu'il ne peut s'en passer puisque celle-ci est un faisceau de prérogatives qui sont les moyens d'assurer l'organisation et le fonctionnement des services. *Notion controversée* donc, dès l'origine, dans la dialectique « service-puissance », justement mise à jour par Maurice Hauriou [3].

Cette controverse au niveau de la philosophie de l'État s'est prolongée et amplifiée en raison de l'ambition trop large de la théorie qui, tout en s'appuyant sur la notion de service public pour penser l'État, prétendait l'utiliser pour expliquer l'ensemble du droit administratif. En effet, d'un point de vue strictement juridique, la notion **était conçue comme le critère unique de tout droit administratif** (travaux publics, domaine public, responsabilité, contrats, agents publics, etc.). En d'autres termes, pour les juristes proches de la pensée de Duguit (plus sans doute que pour Duguit lui-même), le service public

---

1. Là où le rapport Denoix de Saint Marc parle de « doctrine », il a toujours été plus couramment question de « notion ». Faut-il donner un sens à cette différence de terminologie ? De l'une à l'autre, on peut au moins remarquer une différence de perspective. Alors que la doctrine donne un cadre général de l'intervention des pouvoirs publics, la notion peut paraître tendre à rendre compte de ce qu'est exactement cette intervention. Elle donne, ou tout au moins s'efforce de donner un contenu — ce qui est sûrement à l'origine des difficultés rencontrées à son propos !

2. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, de Boccard, 3e éd., 1928 (t. II) ; *Les transformations du droit public,* Armand Colin, 1913. V. *supra*, dossier 1, p. 11.

3. M. Hauriou, *Précis de droit administratif,* Sirey, 1927 (11e éd., préface). Et, dossier 1, p. 10. Controversée, la notion de service public l'a d'emblée été aussi parmi ceux qui s'en réclamaient principalement. Les conceptions de Jèze, par exemple, sont loin d'être celles de Duguit (J.-Cl. Vénézia, « G. Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p. 93).

fondait la spécificité des règles de droit administratif applicables à l'Administration, par opposition au droit commun (le droit privé, droit des particuliers). Par voie de conséquence, la compétence des juridictions administratives s'expliquait par le service public et se mesurait à son aune. C'était confondre l'être et le devoir être, prétendre rendre compte du droit positif à la lumière de ce que l'on aurait voulu qu'il soit. Cette construction n'a en fait jamais correspondu pleinement à la réalité administrative. La gestion des services publics a toujours appelé, ne serait-ce que de façon minime au XIXe siècle, l'utilisation de règles de droit privé. Et la pratique comme la jurisprudence n'ont jamais permis d'établir une définition purement organique du service public. La *définition fonctionnelle* a été prioritaire [1] : **un service public est d'abord une activité,** répondant à un but d'intérêt général et distincte en cela des autres activités collectives. En fonction de sa nature, les modalités de son exécution peuvent s'écarter plus ou moins du droit public. Romieu, en 1903, distinguait déjà une **gestion publique** et une **gestion privée** des services publics [2]. Et le développement de services publics à caractère industriel et commercial (SPIC), distincts des services publics administratifs (SPA), au cours du XXe siècle, a étendu le champ de cette « gestion privée ». Il en est résulté un *ensemble complexe*. La notion de SPIC est née d'une interprétation doctrinale de l'arrêt du Tribunal des conflits de 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, concernant l'exploitation d'un service de transport par une collectivité « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ». Loin de simplifier, elle a rendu fort délicate la délimitation de la gestion privée : il y a toujours eu dans la jurisprudence beaucoup d'incertitudes quant à l'identification des SPIC ; de surcroît, il est apparu que leur régime juridique, en principe privé, comporte aussi des règles de droit public [3].

Ainsi, s'il y a bien une notion de service public, les activités concernées, comme le régime qui s'ensuit, ne se laissent pas réduire à quelques formules simples. Les activités sont multiples et leur régime forme un ensemble composite de règles spéciales de droit public et de règles de droit privé. L'analyse des structures de gestion et des règles de fonctionnement montre combien la frontière entre les deux sortes de droit est floue et ambiguë. Cela a conduit de nombreux juristes à dénier toute valeur juridique propre à la notion de service public. Ces critiques ne sont pas pleinement satisfaisantes car, se plaçant au niveau du problème contentieux (la compétence du juge administratif), elles masquent ou oublient la réalité administrative ; de ce point de vue, le service public **demeure la fonction clé de l'Administration.** D'ailleurs le juge lui-même, à défaut de l'ériger en critère global de sa compétence, a toujours fait plus ou moins référence à cette notion fondamentale.

En tout état de cause, la présentation des activités de service public (Section 1), des organes de gestion (Section 2) ainsi que des éléments essentiels de leur régime juridique (Section 3) montre la complexification du rôle, des structures et du droit de l'Administration.

---

1. V. J.-L. de Corail, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA* 20 juin 1997, no spécial *Le service public. Unité et diversité*, p. 20.
2. V., *infra*, dossier 14, p. 656, l'histoire des critères de compétence du juge administratif.
3. *Infra,* p. 531, la distinction entre SPA et SPIC.

Section 1
Les activités de service public

Le contexte politique et économique de l'époque où s'est forgée la notion de service public semble n'avoir impliqué qu'une intervention réduite de l'Administration. En effet, le *libéralisme économique* entendait restreindre le domaine de l'action administrative à la satisfaction des besoins collectifs hors du jeu du marché économique. Cette limitation entraînait une certaine cohérence juridique du service public, correspondant à des activités pleinement spécifiques, excluant la concurrence, gérées par des organismes publics, selon des règles dérogeant par hypothèse même au droit commun du secteur privé (par exemple, l'assistance publique, l'enseignement). En réalité, cette cohérence n'a jamais été absolue. Pour réaliser ses activités administratives, l'État a toujours effectué des actes de gestion se rapprochant des échanges commerciaux, et de surcroît il a toujours joué un rôle, au moins indirect, dans le domaine industriel. La **pression des évolutions politiques et économiques,** à la fin du XIXe siècle et surtout au XXe siècle, a largement transformé ses fonctions : celles-ci se sont considérablement étendues et diversifiées. Sous l'*influence de la pensée socialiste*, les besoins collectifs ont été mieux identifiés et s'est affirmée la conviction que l'individu est titulaire de véritables créances vis-à-vis de l'État, imposant à celui-ci de multiples actions positives (notamment dans les domaines de l'éducation, de la santé et de la protection sociale). Parallèlement, le terrain économique a subi des bouleversements qui ont appelé une action publique. Les guerres, les crises, puis la concentration des capitaux ont fait de l'Administration un acteur économique de première importance. Tout en développant son rôle de réglementation des marchés et de redistribution des revenus, l'État a pris directement en charge un grand nombre d'activités industrielles et commerciales. Il en est allé de même au niveau des collectivités territoriales.

Ainsi, après une évolution particulièrement accentuée entre les deux guerres mondiales et après la Libération, les services publics couvrent aujourd'hui des domaines très divers. Aux activités inhérentes à la souveraineté de l'État (comme la défense nationale), ou se rattachant à une mission générale d'ordre et de justice sociale, s'ajoutent celles de nature culturelle et surtout économique. Cette diversité rend difficile tout inventaire des services publics. Si une classification est possible (§ 1), il n'en demeure pas moins des incertitudes quant à l'identification du service public. La jurisprudence a dégagé des éléments qui permettent, dans une certaine mesure, de le définir (§ 2). Mais l'approche conceptuelle du service public rencontre aujourd'hui d'autres difficultés tenant au droit communautaire. La conciliation entre la notion française de service public et les notions européennes soulève des interrogations (§ 3).

§ 1. La diversité des services publics et leur classification fonctionnelle

Il existe un grand nombre d'activités de service public, reconnues comme telles par les pouvoirs publics, dont on peut dresser un panorama en effectuant une classification fonctionnelle. Tout en permettant de regrouper les activités selon leur finalité (les fonctions assurées) cette classification ne peut être qu'assez approximative et peut d'ailleurs être conçue de plusieurs façons (en opérant des distinctions plus ou moins précises parmi les finalités). Celle qui est présentée ici repose sur une différenciation des services publics à travers *quatre rubriques* : finalité d'ordre et de régulation, finalité de protection sociale et

sanitaire, finalité éducative et culturelle, finalité économique (production de biens et services de nature industrielle et commerciale).

A. Les services publics ayant pour finalité l'instauration ou le maintien de l'ordre public et la régulation d'activités

– À la défense nationale, la justice, la police, l'administration pénitentiaire... s'ajoutent, par exemple, la lutte contre l'incendie, contre la pollution (et autres « ennemis de l'agriculture » [1].

– L'organisation et le contrôle des professions sont confiés, notamment, aux ordres professionnels qui assurent ainsi une mission de service public [2], de même que les chambres de commerce et d'industrie, d'agriculture, de métiers.

– Pour les activités économiques, aux comités d'organisation, créés pendant la guerre [3], ont succédé de très nombreux organismes à statut public ou privé ayant pour objet la régulation des productions et des marchés, par exemple l'ONIC, Office national interprofessionnel des céréales et les autres offices d'intervention créés dans le secteur agricole et alimentaire, ou encore les SAFER, sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural. De même, diverses autorités administratives indépendantes assurent la régulation des activités financières et boursières et le contrôle de la concurrence tels l'Autorité des marchés financiers (qui a pris le relais notamment de la Commission des opérations de bourse), la Commission bancaire ou le Conseil de la concurrence. Et l'ouverture à la concurrence de diverses activités conduit à la création de nouvelles autorités de régulation des secteurs concernés : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Commission de régulation de l'énergie [4].

B. Les services publics ayant une finalité de protection sociale et sanitaire

Les activités sociales de service public sont très anciennes. Comme celui de l'école publique, leur développement est apparu tout particulièrement essentiel lorsque s'est forgé, à la fin du XIXe siècle, le « modèle français d'État républicain » [5]. Malgré tout, les activités se situant dans le domaine social ne sont pas toutes assumées intégralement par l'Administration. Il subsiste à côté des services publics des activités semblables purement privées (et éventuellement gérées selon la règle du profit).

---

1. V. le célèbre arrêt *Magnier* (dossier 10, p. 459).
2. CE 2 avr. 1943, *Bouguen*, *R.* 86, *GAJA* n° 55 (« le législateur a entendu faire de l'organisation et du contrôle de la profession médicale un service public »).
3. V. la présentation de la jurisprudence Monpeurt (*supra*, p. 460).
4. Sur la régulation, v. *supra*, p. 225. Au vu des textes relatifs aux autorités de régulation, il demeure difficile d'en dégager une notion : les missions assignées sont diverses et ne se laissent pas réduire à un objectif unique, aisément identifiable ; les compétences ne sont pas vraiment spécifiques ; correspondant aux catégories juridiques connues (règlements, sanctions...), elles restent souvent partagées avec les autorités traditionnelles (ainsi, selon la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, « la fonction de régulation est exercée au nom de l'État... par le ministre chargé des télécommunications et l'autorité de régulation des télécommunications »).
5. V. R. Lafore, « Services publics sociaux et cohésion sociale », dans *Service public et lien social* (dir. S. Decreton), L'Harmattan, 1999 : ce sont les services publics sociaux qui « ont au premier chef reçu mission, sinon de produire la cohésion sociale, à tout le moins d'en réparer les accrocs et les dysfonctionnements les plus criants ». Dans le même sens : M. Borgetto, R. Lafore, *La République sociale*, PUF, 2000 (extrait de la conclusion, *infra*, p. 562).

– Les services d'**assistance** ou d'**aide et action sociales** ont pour objet de remédier à des situations familiales ou individuelles difficiles (aides aux personnes âgées, aux handicapés, aux enfants et notamment aux orphelins, aux victimes de guerre, etc.). L'aide aux étudiants est gérée par les CROUS et par le CNOUS (Centres régionaux et Centre national des œuvres universitaires et scolaires).

– La **Sécurité sociale,** d'origine mutualiste, a été érigée en service public (assurance maladie, allocations familiales, assurance vieillesse) [1].

L'existence d'un service public de l'**emploi** (notamment pour lutter contre le chômage) a pour fondement des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame le « droit d'obtenir un emploi ». Dans sa définition actuelle, il « comprend le placement, l'indemnisation, l'insertion, la formation et l'accompagnement des demandeurs d'emploi » [2]. Créée par une ordonnance de 1967, l'ANPE, Agence nationale pour l'emploi (qui est un établissement public comprenant des relais sur tout le territoire) y contribue en mettant en rapport les demandes et les offres sur le marché du travail.

– Il n'existe pas en France (comme c'est le cas en Grande-Bretagne) un service national de **santé,** dans la mesure où la médecine reste une profession libérale. Toutefois, l'exercice de la profession est contrôlé par l'*Ordre des médecins*. Et le **service public hospitalier** a été organisé par la loi du 31 décembre 1970 sur la réforme hospitalière qui prévoit la collaboration des hôpitaux publics et des hôpitaux privés s'engageant à respecter les obligations du service public [3]. De la même manière, une loi du 4 janvier 1993 a réorganisé le service public de la transfusion sanguine en créant un établissement public administratif, *l'Agence française du sang* et a mis en place un autre établissement public, *l'Agence du médicament*, doté de pouvoirs importants dans le domaine des activités pharmaceutiques ; et une loi du 18 janvier 1994 a institué *l'Établissement français des greffes* – lequel a été remplacé en 2004 par l'*Agence de la biomédecine* (disposant de compétences plus larges) [4]. La création de ces organismes publics répond à la nécessité de remédier aux graves dysfonctionnements qui ont marqué ces activités très sensibles dans le domaine de la santé publique et qui ont conduit à faire de la **sécurité sanitaire** un objectif essentiel [5]. En vue de renforcer encore la protection sanitaire, une nouvelle réforme est intervenue avec une loi du 1er juillet 1998. Les agences créées en 1993 sont

---

1. Le Conseil d'État avait, en 1938, reconnu le caractère de service public des « assurances sociales ». CE 13 mai 1938, *Caisse primaire « aide et protection »*, *R.* 417, *RDP* 1938.830, concl. R. Latournerie.

2. Loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, qui le réorganise (*JO* 19 janv. 2005, C. trav., art. L. 311-1).

3. La loi de 1970 a été complétée et modifiée notamment par la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière et par l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée. Cette ordonnance a institué les agences régionales de l'hospitalisation (ARH) qui sont des groupements d'intérêt public et, dans chaque région, ont des compétences importantes à l'égard des établissements de santé (compétences encore renforcées par une ordonnance de 2003) : v. *supra*, dossier 6, p. 317 ; et, plus généralement, Dossier « réforme de l'hôpital », *AJDA* 2006.401 (suite à de nouvelles ordonnances intervenues en 2005). Pour les textes eux-mêmes : *Code de la santé publique* (Dalloz ou Litec, éd. annotées).

4. Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique (*JO* 7 août 2004).

5. D. Tabuteau : « Sécurité sanitaire et agences, le renouveau de la santé publique », *EDCE*, 1998, nº 49 (« Réflexions sur le droit de la santé »), p. 473 : « La sécurité sanitaire est définie initialement comme la sécurité des personnes contre les risques thérapeutiques de toute nature, qu'ils soient liés aux choix thérapeutiques, aux actes de prévention, de diagnostic ou de soin comme à l'usage des biens et des produits de santé. Comme la sécurité routière et la sécurité des personnes face aux risques et accidents de la route,

supprimées et de nouvelles structures sont instituées : l'*Institut de veille sanitaire* (InVS), l'*Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé* (AFSSAPS), l'*Agence française de sécurité sanitaire des aliments* (AFSSA), et l'*Établissement français du sang* (EFS), qui gère désormais le service public transfusionnel, les établissements de transfusion sanguine étant des organes territoriaux de cet établissement) [1].

– Dans les domaines du **logement,** les offices d'HLM (habitations à loyer modéré) sont des établissements publics dont les missions principales sont de construire et de gérer des immeubles d'habitation dans un but social [2].

C. Les services publics à vocation éducative et culturelle

Ces services ont connu à l'époque contemporaine une forte extension et constituent un domaine très important de l'action de l'État et des collectivités décentralisées. Aux tâches classiques d'enseignement se sont ajoutées de multiples activités scientifiques et culturelles.

– L'**enseignement** — général, technique, agricole, sportif, supérieur... — s'est considérablement développé depuis le XIX[e] siècle, et le Préambule de la Constitution de 1946 proclame que « *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ». Mais les établissements de l'enseignement public n'ont pas le monopole de l'enseignement, en vertu du principe de la liberté de l'enseignement qui *permet la création d'institutions privées*. Celles-ci, depuis une loi du 31 décembre 1959, peuvent recevoir des aides publiques en s'engageant à respecter les normes du service public au moyen de contrats passés avec l'État. Les rapports entre l'enseignement public et l'enseignement privé ont fait l'objet de nombreuses réformes auxquelles se sont ajoutées celles apportées par la nouvelle répartition des compétences entre l'État, les régions, les départements et les communes depuis 1983 [3].

– La **recherche** (scientifique, médicale, agronomique, etc.) relève des établissements d'enseignement supérieur et d'établissements comme le CNRS (Centre national de la recherche scientifique) ou l'INSERM (Institut national de la santé et de la recherche médicale). Elle est organisée dans des conditions aujourd'hui fixées par la loi de programmation pour la recherche, du 18 avril 2006.

– Les **loisirs** constituent en partie un service public. Il en est ainsi quand priorité est donnée aux intérêts artistiques ou, plus généralement culturels, sur les intérêts commer-

---

la sécurité sanitaire est la sécurité face aux risques liés à l'activité du système de santé » ; J.-M. Lemoyne de Forges « L'intervention de l'État en matière sanitaire. Quelques repères historiques » *ibid.,* p. 489.

1. Loi du 1[er] juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme ; modifiée par une ordonnance du 1[er] septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine (*JO* 2 sept. 2005). Une autre agence, qui avait été créée en 2001, en matière de sécurité environnementale, voit à l'occasion ses compétences étendues au domaine de la santé au travail et devient l'*Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail* (AFSSET).

2. Sur cette question V. L. Jegouzo-Vienot, *Établissement public et logement social*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 225, 2002.

3. Sur l'une des questions sensibles en la matière, celle du financement des établissements privés d'enseignement par les collectivités territoriales : décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 1994, note J.-P. Costa, *AJDA* 1994.132. Sur les universités : v. dossier 6, les institutions spécialisées, p. 298.

ciaux. Ce critère — particulièrement flou — s'applique aux spectacles (théâtre, cinéma, concerts...), aux sports (exploitation des stades ou piscines, manifestations sportives, équipement du domaine skiable...), au développement du tourisme, etc. [1] Dans le même ordre de préoccupations, une mission importante de l'État (et des collectivités décentralisées) est la protection et la mise en valeur du *patrimoine artistique, architectural* (musées, monuments historiques) et *naturel* (parcs naturels, forêts...).

– Dans le domaine de la **communication audiovisuelle,** l'intervention de l'État a connu, depuis 1945, une histoire mouvementée sous la pression de facteurs techniques (développement de la télévision, par exemple), économiques (importance de la publicité, notamment), et surtout politiques... La radio-télévision a été considérée comme un *monopole* géré successivement par l'administration des PTT, par un établissement public (en particulier par un office, l'ORTF créé en 1964), puis par une pluralité d'organismes à la suite de la réforme de 1974. La loi du 29 juillet 1982 a constitué une étape importante de deux points de vue. Tout d'abord, elle a limité le monopole : si un large service public était maintenu, la loi faisait une place au secteur privé (autorisations accordées à des radios privées, concessions passées avec des organismes privés de télévision). Ensuite, elle comportait une innovation essentielle avec l'institution de la *Haute autorité de la communication audiovisuelle* pour assurer l'indépendance de cette activité vis-à-vis du pouvoir politique. Une nouvelle réforme est intervenue avec une loi du 30 septembre 1986 qui a renforcé la privatisation des communications audiovisuelles. Un secteur public est maintenu, mais le monopole étatique dans le domaine audiovisuel disparaît totalement-. Les *activités privées* de radio et télévision font l'objet d'un *régime d'autorisation* (et non plus de concession de service public) et, en outre, la chaîne de télévision TF1 est privatisée. La loi de 1986 avait également remplacé la Haute autorité par la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL). Mais celle-ci a fait l'objet de vives critiques et, à la suite des élections de 1988, la loi du 17 janvier 1989 a changé l'instance de régulation en instituant le *Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)* et a modifié diverses dispositions de la loi de 1986. Le CSA, qualifié d'autorité indépendante (et non d'autorité administrative indépendante), ne dispose que d'un pouvoir réglementaire très limité. En revanche, son pouvoir de sanction est très renforcé par rapport à celui qui était attribué à la CNCL. Il doit donc faire respecter les « règles du jeu », la détermination de celles-ci restant, pour l'essentiel, de la compétence du pouvoir politique [2].

Les activités de communication en général (l'audiovisuel, comme les communications électroniques) sont en constante évolution, et les réformes succèdent aux réformes. A l'occasion, sont aussi créés de nouveaux services publics, tel celui, « exploité sous la responsabilité de l'État, consistant en la mise à disposition de l'usager d'un espace de stockage accessible en ligne » [3].

---

1. Pour mesurer l'évolution en ce domaine, il faut relire l'avis de M. Hauriou au sujet des représentations théâtrales au début du siècle, dans sa note sous l'arrêt CE 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées*, *S.* 1916.3.41. V. aussi : *Culture et service public. Quelles évolutions pour les interventions culturelles des collectivités publiques ?*, *AJDA* 2000, n° spécial annuel.
2. V. P. Marcangelo-Leos, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, 2004, « Bibl. de droit public », t. 240.
3. Article 7, ordonnance du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives (*JO* 9 déc. 2005). V. aussi, *infra*, p. 544, sur la création du « service public de la diffusion du droit par internet ». Et, pour une réflexion sur les nouveaux services publics liés au développement d'internet : B. du Marais, « Le service public du nommage », *AJDA* 2003.1590 ; E. Malaret, « Droit, administrations publiques et NTIC : vers la

D. Les services publics à caractère économique [1]

Limités jusqu'à la Première Guerre mondiale, ces services publics se sont ensuite multipliés et constituent aujourd'hui encore un volet fort important de l'action publique.

L'interventionnisme économique s'est réalisé à la fois par la réglementation et le contrôle des activités privées de production, et par la prise en charge directe d'activités. Celle-ci résulte en partie de nationalisations et aussi de créations pour répondre à des besoins nouveaux. Mais *les activités industrielles et commerciales publiques ne sont pas toutes considérées comme des services publics* (ainsi les nationalisations de 1982 ne concernaient pas des services publics). En fait, l'État intervient en tant que fabricant et commerçant non seulement pour combler une **insuffisance de l'initiative privée** dans des besoins collectifs, mais tout aussi bien pour des raisons de **stratégie politique :** pour renforcer la compétitivité de l'économie française au plan international, et, plus généralement, pour conduire une *politique industrielle*. Les collectivités décentralisées ont poursuivi des objectifs analogues.

Le panorama des interventions publiques est très diversifié, et il n'est guère possible d'en dresser une liste précise. Dans l'ensemble, et plus encore que les autres services publics, les services publics industriels et commerciaux sont touchés par l'*ouverture générale à la concurrence*. C'est au point que le compromis qu'ils réalisaient, toujours fragile et ambigu, entre une logique de service et une logique d'entreprise (donc commerciale) [2] apparaît menacé. Il n'en demeure pas moins que beaucoup de services conservent un rôle essentiel au cœur des efforts faits pour concilier un optimum de satisfaction sociale et un maximum de rentabilité économique. Ainsi en est-il des transports (chemins de fer, transports aériens, transports urbains...), de l'énergie (électricité, gaz, ressources nucléaires, hydrauliques...), de la distribution et de l'assainissement de l'eau, de l'élimination des déchets, etc.

---

restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique », *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 413.

1. Les trois précédentes rubriques peuvent être opposées à cette dernière : elles correspondent aux activités pour lesquelles l'intérêt financier est longtemps resté en principe interdit et qui ont ainsi été distinguées des activités industrielles et commerciales (V. C. Teitgen-Colly, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Economica, 1981). Il convient néanmoins de relativiser l'opposition. S'il n'y a jamais normalement, même en matière de services publics industriels et commerciaux, simple recherche d'un profit financier, il n'y a jamais non plus exclusion de toute idée de rentabilité. La recherche de l'équilibre des comptes et d'une gestion rationnelle débouche sur des préoccupations de productivité et donc de rentabilité.
L'une des caractéristiques de l'époque contemporaine est précisément, sous couvert de modernisation, la tendance à mettre de plus en plus l'accent sur ces préoccupations, au risque de les faire passer avant toutes autres – et de renverser la dialectique moyens-but. Alors que, théoriquement, certains grands services publics ont une finalité sociale telle que les moyens devraient s'adapter à elle, on assiste à un *ajustement des fins aux moyens* : l'introduction de méthodes de *management* dans l'Administration modifie, de façon plus ou moins visible et avouée, le contenu des objectifs. Le développement de la compétitivité (nationale et internationale), dans tous les domaines, dans les sociétés économiquement développées, accentue cette tendance à donner la primauté aux intérêts financiers. Le commerce n'est pas la loi des services publics strictement administratifs mais certaines de ses exigences ou de ses conséquences s'insinuent dans les mécanismes de gestion et dans les structures.

2. V. J. Rivero, « Les deux finalités du service public industriel et commercial », *CJEG*, n° 500, juin 1994, p. 375.

L'inventaire des activités de service public permet de comprendre ce que recouvre, à une période donnée, le service public. Pour autant il ne règle pas le problème de son identification, en cas d'imprécision des textes sur la nature de telle ou telle activité. Il faut alors rechercher sur quels éléments peut se fonder cette identification.

§ 2. Les éléments traditionnels d'identification du service public

En réalité, deux problèmes de qualification se posent. Le premier est celui de la **détermination de l'existence même d'un service public.** Le second porte sur la **distinction entre deux catégories de services publics, selon la nature des activités :** les *services à caractère administratif* et les *services à caractère industriel et commercial.* Dans les deux cas le juge a forgé des critères (ou indices).

A. La qualification de service public

Comment reconnaître l'existence d'un service public ? La Constitution n'est pas d'un grand secours : la notion de « service public national » apparaît dans l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, mais sans autre précision quant à son sens. Et dans sa jurisprudence le Conseil constitutionnel énonce que la détermination des activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire (en dehors de certains services publics à fondement constitutionnel dont la liste n'est d'ailleurs pas fixée) [1].

Les lois et règlements eux-mêmes manquent assez fréquemment d'indications précises sur la nature des activités qu'ils régissent. D'où ce constat souvent fait : plus les services publics se sont multipliés, plus la notion de service public a pu sembler difficilement saisissable.

Il a malgré tout été admis que le service public est une « activité d'intérêt général, assurée ou assumée par une personne publique, et régie au moins partiellement par des règles de droit public » [2]. Par suite, deux critères sont apparus déterminants pour identifier un service public : la *mission d'intérêt général* et le *rattachement à une personne publique* [3].

I. La mission d'intérêt général [4]

Ce qu'est une mission d'intérêt général ne saurait être donné une fois pour toutes. En effet, si l'on peut dire que les services publics visent à satisfaire des besoins collectifs dont l'importance, reconnue par les pouvoirs publics, exige qu'ils soient assumés par eux, il est

---

1. CC 25 et 26 juin 1986 (*JO* 27 juin 1986) (décision relative aux privatisations). Sur les services à fondement constitutionnel, v. *infra,* p. 544.
2. *Supra*, p. 5.
3. Les deux critères sont cumulatifs. Alors même que prévaut une conception fonctionnelle, il ne saurait y avoir service public sans un certain rattachement à une personne publique.
4. V. aussi, *supra*, p. 3.

plus difficile d'affirmer qu'il existe des services publics par nature [1], en dehors de l'exercice de la souveraineté et du monopole de la contrainte (défense, police, monnaie...). Si certaines grandes activités sociales, par exemple, ne peuvent guère se concevoir autrement que prises en charge par les autorités publiques, d'autres ont une nature fort similaire et ne sont pourtant soumises qu'à un certain contrôle de l'Administration, ou bien encore font l'objet d'une collaboration entre personnes publiques et personnes privées.

En définitive, c'est une appréciation subjective et contingente des gouvernants (et aussi du juge) qui conduit à opérer, en quelque sorte, un choix entre diverses activités : certaines sont, en raison de leur importance, haussées au niveau de services publics. Mais le caractère aléatoire d'une telle qualification tributaire de choix politiques aboutit inévitablement à des résultats surprenants, sinon contradictoires. À valeur égale, *a priori,* vis-à-vis de l'intérêt général, des activités sont qualifiées ou non de services publics. Tout dépend de l'**intention des pouvoirs publics.**

En l'absence d'intention clairement manifestée, comment se prononce le juge ? Un commissaire du gouvernement présente ainsi sa méthode [2] :

– « l'intérêt général ne se confond pas avec l'intérêt de la personne publique ou privée qui exerce ou contrôle l'activité en cause ; il s'apprécie au regard des besoins de la collectivité à l'échelle de laquelle celle-ci s'exerce : collectivité des habitants de la commune, collectivité nationale ;

– lorsque l'activité ne vous paraît pas par nature d'intérêt général vous recherchez dans les textes législatifs, réglementaires ou conventionnels ou si nécessaire dans les travaux parlementaires qui la régissent si leurs auteurs ont entendu confier une telle mission à l'organisme qui l'exerce ».

Adoptant cette « méthode » (fort peu contraignante), le même commissaire du gouvernement considère que la société « La Française des Jeux » qui gère le loto et autres jeux n'a pas une mission d'intérêt général. Il est implicitement suivi par le Conseil d'État pour lequel « il ne résulte ni des dispositions législatives (...) ni des caractéristiques générales des jeux de hasard » que la mission de la société revête le caractère d'une mission de service public [3].

II. Le rattachement à une personne publique

L'intérêt général est un élément nécessaire pour l'identification d'un service public mais non suffisant. À cet égard incontestable, la jurisprudence — du fait de la rédaction de

---

1. À ce sujet, v. les conclusions (souvent citées, pour être critiquées) de P. Matter dans l'affaire *Société commerciale de l'Ouest africain*, *D.* 1921.3.1 et *S.* 1929.3.34 : « Certains services sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'Administration publique ; [...] D'autres services, au contraire, sont de nature privée, et s'ils sont entrepris par l'État, ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un intérêt général ».
2. Concl. A. Daussun, CE 27 oct. 1999, *Rolin*, *RDP* 1999.1845 (note G. Eckert, *RDP* 2000.269) — Méthode, précise-t-il, « lorsque l'activité en cause n'apparaît pas avec évidence ou par nature pourrions nous dire d'intérêt général *compte tenu des conceptions qui prévalent à la date à laquelle vous statuez* ».
3. Sont au contraire d'intérêt général les opérations de dépannage, de remorquage et d'évacuation des véhicules sur un réseau d'autoroutes dès lors que les personnes qui en ont la charge sont tenues d'intervenir sur l'ensemble du réseau pour remettre les véhicules en état de marche en moins de trente minutes ou, lorsque cela n'est pas possible, de les évacuer hors de l'autoroute (CE 22 mars 2000, *Épx Lasaulce*, *RFDA* 2001.353, note G. Guglielmi).

certains arrêts — peut sembler plus incertaine concernant ce qu'il faut encore ajouter. Dans un arrêt *Narcy* de 1963 [1], relatif à des « centres techniques industriels » chargés notamment de promouvoir les progrès des techniques, le Conseil d'État relève « qu'en vue de les mettre à même d'exécuter la mission d'intérêt général qui leur est ainsi confiée et d'assurer à l'administration un droit de regard sur les modalités d'accomplissement de cette mission le législateur a conféré aux centres (...) *certaines prérogatives de puissance publique* et les a soumis à *divers contrôles* de l'autorité de tutelle ». Outre ces contrôles, les prérogatives de puissance publique apparaissent ici jouer un rôle essentiel. Toutefois, la grande diversité des cas concrets et les nuances d'une jurisprudence complexe ne permettent pas d'affirmer que la reconnaissance d'un service public est absolument liée à l'existence de prérogatives de puissance publique. Certains organismes peuvent assurer une mission de service public sans disposer de telles prérogatives [2].

Toujours exigé, le rattachement à une personne publique peut être **direct ou indirect.** Il est direct (et il va de soi) si la personne publique assure elle-même l'activité. Il est indirect si l'activité est assurée par une personne privée (et il est parfois difficile à déceler si ce n'est pas en vertu d'un acte suffisamment explicite que l'activité est ainsi assurée). En tout état de cause, cela peut résulter soit d'une convention de délégation, soit d'une habilitation unilatérale [3].

B. La distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux

Dans l'**arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain*** [4], le Tribunal des conflits, pour juger que la compétence est judiciaire, considère simplement que « la colonie de la Côte d'Ivoire exploite un service de transport dans les conditions d'un industriel ordinaire ». Il n'est pas question de service public : seule apparaît la gestion privée d'une activité, par une personne publique. Malgré tout, l'arrêt a été lu comme admettant que des services publics tout entiers puissent, en principe, relever du droit privé et c'est ce qui a donné naissance à la catégorie des services publics industriels et commerciaux [5].

---

1. CE 28 juin 1963, *Narcy*, *R.* 401, *RDP* 1963.1186, note M. Waline ; *AJDA* 1964.91, note A. de Laubadère.
2. Comparer les arrêts : CE 20 juill. 1990, *Ville de Melun*, *AJDA* 1990.820, concl. M. Pochard et CE 17 févr. 1992, *Société Textron*, *AJDA* 1992.450, obs. C. Deves. Et v. R. Chapus, *DA* I, n° 751 : dans l'arrêt *Narcy*, estime-t-il, contrôle et prérogatives de puissance publique ne sont que des *indices* ayant permis au juge de « reconnaître entre les centres et l'État un lien tel qu'il soit possible de dire que leur activité procédait d'une délégation de l'État ». Pour un point de vue différent : concl. Daussun précitées (les critères sont au nombre de trois : mission d'intérêt général, prérogatives de puissance publique, contrôle). *Adde* : S. Regourd, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987.5 ; J.-B. Geffroy, « Service public et prérogatives de puissance publique, réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *ibid.*, p. 49 ; M. Gentot, « L'identification du service public par le juge administratif », *AJDA* 20 juin 1997, n° spécial *Le service public. Unité et diversité*, p. 29.
3. *Infra*, p. 539.
4. TC 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, concl. P. Matter au *D.* 1921.3.1 et au *S.* 1929.3.34, *GAJA* n° 37 ; affaire dite du **bac d'Eloka**, du nom d'un bac qui transportait des voyageurs et véhicules sur le littoral de la Côte d'Ivoire et qui avait coulé, endommageant un véhicule de la société requérante.
5. A.-S. Mescheriakoff, « L'arrêt du *bac d'Eloka*, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP* 1988.1059.

En dépit de l'importance qu'elle a acquise, la notion de SPIC a toujours soulevé des interrogations en raison de la difficulté à *identifier* ce type de service [1].

Il est tout d'abord malaisé parfois de distinguer, parmi les activités industrielles et commerciales, ce qui est service public et ce qui ne l'est pas : certaines entreprises publiques étendent et diversifient leur mission de telle façon que la frontière avec le secteur purement privé se dilue. Au déploiement du capitalisme public ou semi-public par la filialisation et les participations s'ajoute une osmose entre activités de service public et activités industrielles et commerciales, sans doute stratégiquement importantes pour l'économie française, mais qui ne sont pas des services publics (sauf à concevoir le développement économique national lui-même comme un service public).

Ensuite, l'**identification des services publics industriels et commerciaux par rapport aux services publics administratifs** comporte bien des incertitudes. Les textes législatifs et réglementaires sont souvent imprécis et peuvent comporter des interprétations contradictoires. Dans certains cas, on constate l'existence d'activités industrielles ou commerciales au sein d'un service public qualifié, en principe, d'administratif [2]. Dans d'autres cas, il peut arriver que la qualification donnée par le gouvernement ou par l'Administration ne corresponde pas à la réalité (les autorités de tutelle peuvent rechercher, en qualifiant un service d'industriel et commercial, une souplesse de gestion que n'offre pas le régime juridique des services publics administratifs). Par ailleurs, du point de vue du fond, certaines activités soulèvent des interrogations quant à leur véritable nature : ainsi en est-il, par exemple, des activités culturelles (tel le théâtre ou d'autres spectacles). Cette complexité apparaît à travers la jurisprudence. Pour qualifier un service d'industriel et commercial, le juge utilise plusieurs critères en les combinant (technique du **faisceau d'indices**). Il raisonne en partant du principe que tout service public, en l'absence d'une qualification expresse par un texte législatif, est présumé avoir un **caractère administratif sauf si trois conditions sont réunies.** Il s'agit de l'*objet du service* (activité de production et vente de biens ou prestations), de l'*origine des ressources* (recettes propres provenant du paiement direct de redevances par les usagers), et, enfin, des *modalités d'organisation et de fonctionnement* du service (similaires à celles des entreprises privées) [3]. Mais l'interprétation de ces critères par le juge soulève des interrogations. Ainsi l'exploitation d'un service en régie ne peut guère être assimilée à une entreprise, or la qualification de SPIC est donnée à des services en régie. De même certains SPIC ont des ressources propres faibles (nécessitant un autre financement en complément). De surcroît, la nécessaire addition de ces conditions peut aboutir à des solutions différentes d'une collectivité à une autre, pour une même activité : l'absence de l'une d'entre elles conduit le juge à qualifier d'administratif un service qui, dans une autre commune, par exemple, est industriel et commercial. Ainsi un service public peut être qualifié d'administratif uniquement en raison de son régime de financement (s'il s'agit d'une taxe fiscale). En conséquence, ce n'est pas la nature d'une activité qui détermine le caractère d'un service

---

1. V., par exemple : B. Seiller, « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA* 2005.417.
2. V., *supra*, dossier 6, p. 324, sur les établissements publics à double visage.
3. CE 16 nov. 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *R.* 434, *D.* 1956.759, concl. P. Laurent ; CE 26 janv. 1968, *Dame Maron*, *R.* 69, *AJDA* 1968.293, concl. A. Bertrand.

public, et finalement l'opposition entre ce qui est « administratif » et ce qui est « industriel et commercial » devient fort artificielle [1].

La distinction SPA/SPIC est donc ambiguë et aléatoire et ne permet pas réellement de déterminer deux catégories homogènes de services publics.

§ 3. Les incertitudes résultant du droit communautaire

Les discussions traditionnelles sur ce que sont ou doivent être les activités de service public et sur les modalités de leur organisation ont lieu désormais dans le cadre d'un **droit communautaire dont la logique peut sembler ne pas être celle du droit français.** « En matière de service public, constate le rapport Denoix de Saint-Marc [2], le droit français part de la puissance publique regardée comme garante des solidarités et des libertés fondamentales. C'est à elle de concilier les exigences de service public avec, par exemple, la liberté du commerce et de l'industrie ». « À l'inverse, le traité de Rome part de la liberté de circulation des personnes, des biens et des services sur le marché intérieur de l'Europe, jugée favorable à la paix et la prospérité [...] la concurrence, sans être une fin, est un moyen essentiel au service de cet objectif de prospérité ». Cela n'a pas manqué de renouveler le débat. Aux promoteurs de l'Europe, s'opposent les défenseurs d'un « service public à la française ». Face à la nébuleuse des services publics, dont beaucoup dans le secteur industriel et commercial étaient récemment encore en situation de monopole, ceux-ci s'inquiètent du développement d'une Union essentiellement préoccupée de concurrence. Ne va-t-elle pas conduire peu à peu au démantèlement des services publics pour la simple raison que toute intervention publique, par principe, fausse le jeu de cette concurrence elle aussi devenue mythique ? La question s'est d'autant plus posée que, si les textes européens n'ignorent pas la notion de service public, elle y apparaît pour le moins marginale (l'expression « service public » ne figure qu'à l'article 73 du traité instituant la Communauté européenne à propos des transports, et l'article 86.2 utilise l'expression de « *service d'intérêt économique général* »). L'émergence de la notion ambiguë de « *service universel* », à laquelle s'est encore ajoutée celle de « *service d'intérêt général* », loin de rassurer, a surtout montré la difficulté d'articuler toutes ces notions [3].

---

1. V. aussi : CE, avis contentieux, 20 oct. 2000, *Mme T*, *AJDA* 2001.394, concl. D. Chauvaux (nature administrative du service public transfusionnel assuré par l'Établissement français du sang : sa « mission de santé publique se rattache par son objet au service public administratif » ; peu importe que le financement et certaines règles de fonctionnement soient semblables à ceux des SPIC) ; TC 21 avr. 2005, *Mme Alberti-Scott*, *RFDA* 2006.119, obs. J.-Fr. Lachaume qui se demande si la motivation retenue n'annonce pas une évolution du raisonnement du juge (« Considérant que le service public de distribution de l'eau est en principe, de par son objet, un service public industriel et commercial ; qu'il en va ainsi même si, s'agissant de son organisation et de son financement, ce service est géré en régie par une commune, sans disposer d'un budget annexe, et si le prix facturé à l'usager ne couvre que partiellement le coût du service ; qu'en revanche le service ne peut revêtir un caractère industriel et commercial lorsque son coût ne fait l'objet d'aucune facturation périodique à l'usager »).

2. Rapport cité p. 520, note 3 (p. 40-41).

3. V. M. Debene et O. Raymundie, « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? », *AJDA* 1996.183 ; M. Lombard, « Service public et service universel ou la double inconstance », *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002 ; S. Rodrigues, « Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire », *AJDA* 2006.84.

A. Sens et portée de la notion de service d'intérêt économique général

La notion de service d'intérêt économique général (SIEG) introduit la possibilité de faire exception à l'application des règles communautaires : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ou présentant le caractère d'un monopole fiscal *sont soumises aux règles* du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, *dans les limites où* l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Une limite toutefois est aussitôt posée par cet article 86.2 : « Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté ».

Est **« entreprise »,** au sens de ce texte, et selon la jurisprudence de la CJCE, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement. Peu importe, en particulier, le régime de la propriété : le Traité instituant la communauté européenne « ne préjuge en rien » de ce régime (art. 295). Peu importe aussi que l'entité ait ou non une personnalité juridique distincte de la collectivité à laquelle elle est rattachée : un service en régie peut être une entreprise et relever à ce titre des règles applicables aux opérateurs sur le marché.

Telle que définie, l'entreprise (publique ou privée) se distingue de l'*autorité publique,* c'est-à-dire de l'entité dont les interventions ont lieu dans un intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial.

Aucune définition n'étant donnée du **service d'intérêt économique général,** des problèmes de définition comparables à ceux rencontrés en France à propos de la notion de service public se sont posés. Comme l'a souvent fait le Conseil d'État, la CJCE tend à combiner une approche subjective et une approche objective. D'une part, elle renvoie à la volonté des pouvoirs publics de confier une mission à l'entreprise (celle-ci est chargée de la gestion du service par un acte de l'autorité publique). D'autre part, il faut que l'activité soit nécessaire pour l'intérêt général (qu'elle présente un caractère spécifique par rapport à d'autres activités de la vie économique). Néanmoins, ce qui révèle le service d'intérêt économique général ce sont, en réalité, surtout les obligations mises à la charge de l'entreprise. Obligations qu'elle n'aurait pas assuré spontanément dans un contexte de marché concurrentiel.

C'est ainsi que la jurisprudence communautaire a été conduite à préciser le contenu des obligations caractéristiques du service d'intérêt économique général. Dans l'arrêt *Paul Corbeau* de 1993 [1], la Cour relève « qu'il ne saurait être contesté que la Régie des postes (Belge) est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'*obligation d'assurer* la collecte, le transport et la distribution du courrier, *au profit de tous* les usagers, *sur l'ensemble du territoire* de l'État membre concerné, *à des tarifs uniformes* et *à des conditions de qualité similaires, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique* de chaque opération individuelle ». L'année suivante, un arrêt *Commune d'Almelo* [2] adopte une solution semblable en matière de fourniture d'électricité.

Malgré la différence de terminologie, et même si les deux notions ne se recoupent pas exactement, la notion de service d'intérêt économique général recouvre pour l'essentiel

---

1. CJCE 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, *AJDA* 1993.865, note F. Hamon.
2. CJCE 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, *AJDA* 1994.637, note F. Hamon.

celle de service public industriel et commercial. Qu'en est-il toutefois des conséquences à tirer de cette qualification ? Quelles sont les **dérogations possibles aux règles de la concurrence ?** Les réponses dépendent des services concernés et sont forcément très variables. Selon l'arrêt *Paul Corbeau*, il y a lieu à dérogation non seulement lorsque le fonctionnement du service devient impossible, mais aussi lorsque son équilibre financier, tel qu'il avait été conçu à l'origine, se trouve menacé. Plus précisément, dans cette perspective, la cour considère que doit être présupposée « la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables ». De là, elle admet « une limitation de la concurrence », de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables [1].

En 1997, dans un arrêt *Commission/France* [2] concernant les droits exclusifs d'importation et d'exportation d'électricité et de gaz, la Cour a précisé qu'il incombe à l'État invoquant l'article 86.2 de « démontrer que les conditions prévues par cette disposition sont réunies ». Il doit exposer « les raisons pour lesquelles, en cas de suppression des mesures incriminées, l'accomplissement des missions d'intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables serait à ses yeux mis en cause », étant entendu que dans le cadre d'une procédure de manquement c'est à la Commission qu'il revient d'établir l'existence du manquement allégué.

En dépit des incertitudes qui subsistent, une *double évolution* se dessine. D'abord, côté droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice donne toute sa place à la notion de service d'intérêt économique général. Loin d'être résiduelle, celle-ci prend de la consistance et tend véritablement à compter parmi les valeurs communes de l'Union. Ce qu'a confirmé le traité d'Amsterdam en soulignant le « rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale » [3]. Ensuite, côté français, si les modalités d'organisation de nombreux services publics changent profondément, il semble que cela puisse se faire dans des conditions « acceptables ». Alors que le droit communautaire finit pas devoir intégrer les exigences de l'intérêt général, il est pris acte en France de celles de la concurrence. D'une certaine manière, il s'agit d'un *retour aux sources*. Telle qu'elle a été conçue, dans la première moitié du XXe siècle, la notion de service public industriel et commercial n'était pas si éloignée de la notion de service d'intérêt économique général. En particulier, les principes de *subsidiarité* et *proportionnalité* aujourd'hui volontiers mis en avant ne lui étaient pas étrangers : il était admis que l'intervention publique n'a lieu qu'en cas de carence de l'initiative privée (subsidiarité) ; et il n'a jamais vraiment été

---

1. Il s'agit d'éviter que l'entreprise chargée du service d'intérêt économique général n'assure que les activités non rentables (la distribution du courrier dans les zones isolées de montagne) et que lui échappe celles qui sont rentables (le courrier entre Paris et Lyon). Elle peut bénéficier de protection dans des secteurs rentables afin de financer ceux qui le sont moins.
D'autres solutions sont envisageables pour réaliser cet objectif d'équilibre économique. Selon la directive de 1997 sur les services postaux un État « peut établir un fonds de compensation administré à cet effet par une entité indépendante du ou des bénéficiaires » : dans le secteur concerné toutes les entreprises doivent contribuer au fonds, lequel sert à financer les charges qui pèsent sur le service d'intérêt économique général. C'est le système retenu en France par la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (et repris, par exemple, en matière d'électricité, par la loi du 10 février 2000 et, en matière postale, par la loi du 20 mai 2005). Il peut en pratique poser problème car il n'est jamais facile d'évaluer le coût des obligations d'intérêt général.
2. CJCE 23 oct. 1997, *Commission/France*, *AJDA* 1997.991, note F. Hamon.
3. V. sur ce texte : V. Champeil-Desplats, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », *AJDA* 1999.959.

contesté que l'organisation et le régime de cette intervention dépendent et varient en fonction de l'objectif visé (proportionnalité).

Il n'en reste pas moins que, malgré certaines évolutions, les débats sur les services publics en Europe sont loin d'être clos. Ils ont été ponctués, ces dernières années, par des communications de la Commission européenne : « Livre vert », en 2003, et « Livre blanc », en 2004, « *sur les services d'intérêt général* » [1]. Des précisions, depuis, ont été faites, par exemple, sur les conditions dans lesquelles les États membres peuvent accorder des compensations financières aux entreprises assurant des obligations de service public [2]. De nouvelles réflexions ont été développées, comme sur les services sociaux d'intérêt général. Ne semble toutefois pas près d'intervenir la directive cadre souhaitée par la France et qui, dépassant l'approche sectorielle jusque là suivie, devrait être un texte transversal de portée générale [3]. Il n'y a pas consensus, constatait en 2004 la Commission, admettant que la question pourrait être revue une fois le traité établissant une Constitution pour l'Europe entré en vigueur...[4].

B. L'apport de la notion de service universel

Inventée aux États-Unis au début du XXe siècle (pour défendre le monopole des télécommunications [5]), la notion de service universel est apparue en Europe (avec un tout autre sens) à la suite de l'Acte unique de 1986 [6]. D'abord, la Commission en a fait mention, en 1987, dans un « livre vert » sur les télécommunications — évoquant les « obligations de service public » que supportent les opérateurs dans ce secteur et les « objectifs de service universel » que leur assignent les pouvoirs publics. Ensuite, en 1992, dans un autre « livre vert sur les services postaux », la même Commission l'a décrit comme le « service de base, offert à tous, dans l'ensemble de la communauté, à des conditions tarifaires abordables et avec un niveau de qualité standard ».

C'est une « notion plancher » : dans un secteur donné, elle désigne un ensemble minimal de services qui doivent être mis à la disposition des citoyens. Trois éléments la caractérisent : l'universalité (tout le monde doit avoir accès au service, en tous points du territoire), la qualité du service, son prix abordable.

En ce sens, la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications a défini un *« service universel des télécommunications »* qui apparaît comme une partie du « service public des télécommunications ». De même, par le biais de la loi du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, ont été

---

1. COM 2003, n° 270 du 21 mai 2003, COM 2004, n° 374 du 12 mai 2004 (site internet : EUR-Lex). Services définis comme des « services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public ».
2. *Infra*, p. 557.
3. Sur cette question, v. (suite à un vote du Parlement européen rejetant l'idée d'une directive cadre) « Questions à... D. Truchet », « l'idée d'un corps de règles commun aux services publics s'imposera », *AJDA* 2004.116.
4. Sur la base de l'art. III – 122 (les SIEG fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leur mission : « La loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions... ».
5. M. Tourbe, « Service public *versus* service universel : une controverse infondée », *Critique internationale*, juill. 2004, n° 24, p. 21.
6. G. Moine, « Le service universel : contenu, financement, opérateurs », *AJDA* 1997.246.

introduites dans le Code des postes et télécommunications des dispositions relatives à un *« service universel postal »* [1].

Section 2
Les organes de gestion des services publics

Les organes de gestion des services publics se sont considérablement diversifiés depuis le début du XXe siècle : leur évolution est le corollaire de la diversification des activités assumées par l'Administration. Le prétendu âge d'or de la définition organique du service public n'a sans doute jamais existé. Les « activités d'intérêt général gérées par une personne publique » ont toujours plus ou moins coexisté avec des modes de gestion partiellement privatisés. Il est exact, en revanche, qu'au XXe siècle la **régie** (§ 1) a perdu de son importance au profit de l'**établissement public** (§ 2), et de la gestion de services publics par des **organismes privés** (§ 3). L'avantage recherché dans cette diversification des procédés a été l'efficacité par la souplesse, notamment, par l'autonomie relative des personnes morales responsables du service public [2]. Début XXIe siècle, dans le cadre de l'Union européenne et en conséquence de la politique d'ouverture à la concurrence, des données nouvelles s'imposent qui conduisent, par exemple à transformer d'importants établissements publics industriels et commerciaux en sociétés [3].Toutefois, certains services publics sont nécessairement assurés par les collectivités publiques elles-mêmes. Ainsi en est-il des grands monopoles régaliens de l'État (défense, fisc, etc.), et de la police municipale (exercée par le maire) [4].

§ 1. La régie

Ce procédé consiste en une **exploitation d'un service public directement par l'Administration.** D'une certaine manière, la régie constitue le *mode normal* de gestion des services publics. Il paraît, en effet, logique que, dès l'instant où l'intérêt général exige qu'une activité soit prise en charge par l'État ou une collectivité décentralisée, ceux-ci l'assument directement : la responsabilité qu'entraîne la gestion d'un service public

---

1. Dispositions confirmées par la loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (comm. F. Fages et S. Rodrigues, *AJDA* 2005.1896) – alors qu'entre-temps, avec la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le code était devenu un *Code des postes et communications électroniques* (dans lequel cette dernière expression remplace le mot « télécommunications »).

2. Les cas de figure sont donc extrêmement nombreux et forment un ensemble marqué par une forte division de l'appareil administratif, d'autant plus qu'une même activité de service public est souvent exploitée selon différents systèmes. Les collectivités locales ont un certain choix, et les usagers, selon leur implantation, ont affaire à des structures juridiques variables. Ainsi, le service de la distribution de l'eau est-il géré par la voie de la *concession* (notamment les concessions attribuées à des grands groupes privés), ou par le procédé voisin de l'*affermage*, ou encore par celui de la *régie*. Cette diversité n'est pas sans soulever de difficultés, quant à l'égalité des usagers considérée d'un point de vue national : les prix varient, sans que les conditions techniques locales justifient toujours les différences.

3. V. *supra*, le dossier 6, sur les institutions spécialisées et, *infra*, p. 556.

4. Sur ce qui peut être ou non délégué à une personne privée : *GACE* n° 24 (à propos d'un avis du 7 octobre 1986 concernant les *cantines scolaires* — « les communes ne peuvent confier à des personnes privées que la fourniture ou la préparation des repas, à l'exclusion des missions qui relèvent du service de l'enseignement public et, notamment, de la surveillance des élèves »).

vis-à-vis de la collectivité des citoyens revient bien à l'Administration. C'est pourquoi la régie a dominé pendant longtemps et s'applique encore aux grands services publics comme la défense nationale, le fisc. D'ailleurs, d'une façon générale, les administrations centrales (les ministères) et les services déconcentrés constituent des régies.

Dans certains cas, la nécessité de conférer une certaine autonomie aux organes de gestion conduit à combiner le système de la régie avec d'autres modes de gestion : par exemple, pour l'enseignement, l'administration centrale a pour relais des établissements publics (universités, lycées, collèges). De plus, son manque de souplesse peut entraîner purement et simplement son abandon, particulièrement pour des activités industrielles et commerciales. Ainsi, l'Imprimerie nationale a été transformée en société nationale par une loi du 31 décembre 1993. De même, France Télécom, ancienne direction de ministère, a été successivement transformée en « exploitant public » (1990) puis en société nationale (1996).

Dans la régie, l'État et les collectivités territoriales décentralisées dirigent les services et en assurent le fonctionnement au moyen de leurs biens et agents. Autrement dit, **le service ne constitue pas une personne juridique distincte de la collectivité publique de rattachement :** il n'a pas qualité pour agir en justice ou contracter directement, il ne possède pas d'indépendance financière (intégration au budget de la collectivité) et les mécanismes du pouvoir hiérarchique lui sont applicables. Les régies ne sont pas toutes administratives ; certaines sont industrielles et commerciales : les Monnaies et médailles, les manufactures de Sèvres et des Gobelins, La Documentation française [1]...

Les inconvénients du procédé ont conduit à l'aménager. C'est ainsi que la nécessité d'assouplir les règles financières publiques a amené l'institution de **budgets annexes** au budget de l'État (par exemple, pour les P et T jusqu'en 1990). De même, au niveau des collectivités territoriales, on trouve un aménagement similaire avec les **régies dotées de l'autonomie financière :** dans une commune, par exemple, les responsables de la gestion du service restent sous la direction du conseil municipal et du maire, mais il existe un budget qui, voté par le conseil municipal, est distinct du budget communal.

Il faut souligner que d'autres formules, qualifiées de régies au niveau des collectivités territoriales ne sont pas des variantes de la régie classique mais bien d'autres modes de gestion. Il s'agit, d'une part, des **régies intéressées :** l'Administration confie, dans ce cas, l'exploitation d'un service à une personne privée qui est intéressée financièrement aux résultats de la gestion, le plus souvent au moyen de primes ; la personne publique reste engagée financièrement, et supporte éventuellement les pertes. Ce procédé ressemble beaucoup à la concession dans la mesure où un *contrat* fixe les modalités de gestion du service. C'est en fait l'une des formules de « délégation de service public ». D'autre part, dans les **régies personnalisées,** les organes administratifs de gestion sont dotés de la *personnalité morale* : il y a institution d'une certaine autonomie juridique (pouvoirs de

---

1. Divers organismes sont aussi appelés régies alors qu'ils n'en sont pas : la RATP (Régie autonome des transports parisiens) est un établissement public national à caractère industriel et commercial. Quant à la régie Renault, c'était une entreprise à statut juridique particulier, sans rapport avec la gestion des services publics ; son statut a été réformé en 1990 (V. *supra*, p. 329).

décision) et financière (budget et patrimoine), de sorte que ces régies personnalisées sont très comparables à des établissements publics [1].

§ 2. L'établissement public

Dans ce cas, l'exécution du service public est confiée à une **personne publique** dotée d'une certaine *autonomie* et placée sous la *tutelle* de la collectivité publique de rattachement [2].

§ 3. La gestion par des organismes privés

L'intervention d'organismes privés dans la gestion des services publics a connu un ample développement au cours de la seconde moitié du XXe siècle. Pour diverses raisons, l'État et les collectivités territoriales ont confié de plus en plus fréquemment des missions de service public dans des domaines très divers à des associations, des sociétés, ou autres institutions de droit privé. Cette intervention peut s'opérer selon deux modalités : soit **par voie contractuelle**, ce sont les *conventions de délégation de service public* (A), soit **par voie unilatérale** (B).

A. Les conventions de délégation de service public [3]

L'expression « convention de délégation de service public », qui désigne aujourd'hui communément les modes d'investiture contractuelle, a été consacrée par la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Elle a été reprise dans la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques avant d'être définie par la loi du 11 décembre 2001 [4]. Il faut souligner ici un point de cette définition : le délégataire peut être public ou privé. De fait, si les conventions sont le plus souvent passées avec des entreprises privées, il n'est pas exclu qu'une personne publique puisse se porter candidate [5].

Les modes contractuels sont divers et existent depuis longtemps : concession de service public, affermage, régie intéressée, gérance... ou encore des contrats innommés. Mais il n'existait pas de régime général et les règles partielles avaient très largement pour source

---

1. Le régime actuel des régies locales — régies dotées de la seule autonomie financière et régies personnalisées — résulte du décret du 23 février 2001 (*JO* 27 févr. 2001 ; CGCT, art. R. 2221-1 à R. 2221-99 ; comm. J.-Cl. Douence, *AJDA* 2001.376 et J.-Fr. Lachaume, *RFDA* 2001.1063).
2. Ce procédé est étudié dans le dossier 6 (Institutions spécialisées).
3. *AJDA* 1996.571, « Dossier spécial. Délégation de service public » ; supplément à la *RFDA* nº 3, 1997, « La gestion déléguée du service public » ; Institut de la gestion déléguée, *Négocier, gérer et contrôler une délégation de service public*, La Documentation française, 1999 ; C. Mondou, *Les conventions de délégation de service public des collectivités territoriales*, éd. Papyrus, 2006.
4. *Supra*, p. 434, dossier 9 (Les contrats).
5. C'est ainsi qu'il a été admis par le Conseil d'État « que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public proposée par une collectivité locale » (CE 16 oct. 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*, *RFDA* 2001.106, concl. C. Bergeal) — Ce que confirme, tout en précisant qu'il en va de même en matière de marchés publics, l'avis contentieux CE 8 nov. 2000, *Sté Jean-Louis Bernard*, *AJDA* 2000.1066, chron. M. Guyomar et P. Collin.

la jurisprudence. L'apport de la loi de 1993 est d'avoir consacré l'émergence d'une nouvelle catégorie de contrats administratifs en définissant un régime juridique spécifique qui s'applique, sauf exception déterminée, à toutes les conventions de délégation. Elle impose une procédure de publicité (pour permettre la présentation d'offres concurrentes), elle limite la durée des contrats et fixe des règles strictes pour leur élaboration [1].

Les modes les plus importants sont la **concession** et l'**affermage.**

I. La concession de service public

Procédé original et assez surprenant puisqu'il transfère la gestion d'une activité publique à des organismes privés, la concession s'explique par le contexte historique de son apparition. En effet, l'Administration, à l'époque libérale, ne se mêle pas aux activités industrielles ou commerciales. Lorsque, par nécessité, elle assume, malgré tout, une activité de cette nature, elle le fait sans s'engager elle-même directement : elle **confie l'exploitation du service à une personne privée par voie de contrat.** Jusqu'au début du XXe siècle, la pratique administrative ne connaît guère que les *concessions de travaux publics* [2] ou les *concessions d'utilisation du domaine public* (sans exploitation d'un service) comme les concessions de voirie alors que, plus récemment, travaux publics, occupation du domaine public, et exécution d'un service public s'agrègent, peu à peu, dans des opérations complexes qui tendent à bouleverser les catégories juridiques traditionnelles [3].

a) Le schéma classique de la concession

L'utilisation de la concession sous-entend l'**existence d'un service public,** et, en particulier, d'un *service public industriel et commercial*. Par hypothèse, c'est celui-ci qui constitue la raison d'être de la concession (avec laquelle on ne doit donc pas confondre des contrats de fournitures de biens ou de prestations de services).

Un **contrat** est à la base du système. L'Administration concédante a le libre choix du concessionnaire mais il lui faut d'abord assurer la publicité de son projet et provoquer ainsi une mise en concurrence, selon la procédure imposée par la loi du 29 janvier 1993. La convention est assortie d'un **cahier des charges** qui est un *acte mixte.* En effet, aux *clauses contractuelles* qui résultent d'un véritable accord entre les parties et qui concernent essentiellement les aspects financiers et la durée de la concession s'ajoutent des *clauses réglementaires* [4] que l'Administration concédante impose au concessionnaire quant à l'organisation et au fonctionnement du service.

La caractéristique essentielle de la concession concerne les rapports des acteurs : le concédant, le concessionnaire, les usagers. L'exploitation du service est aux **risques et périls** du concessionnaire, lequel à la charge des équipements nécessaires. Mais si l'Administration est ainsi à l'abri des aléas commerciaux, elle conserve la **direction** de

---

1. V. le dossier 9.
2. *Supra*, p. 411, dossier 8 (Les biens).
3. L. Rapp, « Les marchés et conventions complexes », *AJDA* 1996.616. Et, sur l'évolution de ces contrats « hybrides », v. dossier 8, p. 411.
4. V. CE 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *AJDA* 1996.807, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; et *supra*, dossier 9, p. 445.

l'activité. Sans doute cet équilibre est-il la raison du succès de ce procédé. La situation n'est plus aussi simple, mais le principal critère de la concession demeure bien, dans la plupart des cas, le mode de rémunération du concessionnaire : il s'agit des **redevances** versées par les usagers (conformément à un tarif fixé dans la convention). L'influence de faits nouveaux entraînant un déséquilibre financier peut nécessiter une indemnisation du concessionnaire et les jurisprudences du fait du prince et de l'imprévision s'appliquent en cette matière.

Les exigences de la mission d'intérêt général entraînent l'institution de **contrôles administratifs** et la nécessité, pour le concessionnaire, de respecter les principes du service public (égalité, continuité, mutabilité). L'Administration dispose d'un pouvoir de *sanction* en cas de faute du concessionnaire. Toutefois, celui-ci bénéficie de certains privilèges de puissance publique : droits divers (occupation du domaine public, expropriation, etc.) et, éventuellement, monopole d'exploitation. Au total, le rôle directif de l'Administration reste limité : la gestion interne du service reflète l'absence d'engagement des collectivités publiques et la liberté du gestionnaire. Le fonctionnement du service repose sur des règles de droit privé (personnels, contrats avec d'autres personnes privées, litiges, comptabilité, etc.). Le concessionnaire gère son affaire comme tout entrepreneur privé. Enfin, en cas de défection, le concédant peut saisir le juge du contrat qui a seul le pouvoir de prononcer la *déchéance du concessionnaire,* c'est-à-dire la résiliation de la convention (alors que, pour les autres contrats administratifs, l'Administration peut prononcer elle-même cette mesure). Par ailleurs, l'autorité concédante peut, pour des motifs d'intérêt général et non plus à titre de sanction, mettre fin unilatéralement à un contrat de concession (sous réserve des droits d'indemnisation du concessionnaire) [1].

b) L'évolution de la concession

– *En premier lieu,* la concession est utilisée pour l'exploitation non plus seulement de services industriels et commerciaux mais aussi de **services administratifs.** Ainsi la loi du 31 décembre 1970 sur la réforme hospitalière a-t-elle prévu que les établissements (à but lucratif) d'hospitalisation privés peuvent conclure avec l'État des contrats de concession pour l'exécution du service public hospitalier. De même, si les autoroutes constituent un service public administratif, leur construction et leur entretien n'en sont pas moins confiés à des sociétés concessionnaires.

– *En second lieu,* la concession de services publics est accordée à des **organismes publics,** alors que sa logique initiale implique que le concessionnaire soit une société privée (ou une société d'économie mixte). Ce n'est pas absolument nouveau puisque tel a été le cas d'EDF et de GDF, qui, établissements publics, ont été néanmoins désignés concessionnaires de services nationaux par le législateur en 1946. Mais cela prend un relief particulier dès lors qu'il doit y avoir, comme pour toute convention de délégation de service public, mise en concurrence en vertu de la loi de 1993.

– *En troisième lieu,* la concession s'est peu à peu transformée dans son aménagement interne par l'établissement d'une véritable **solidarité financière** entre la collectivité concédante et le concessionnaire. Autrement dit, la prise en charge des risques commerciaux par le concessionnaire s'est considérablement atténuée, quand elle n'a pas

---

1. CE 2 févr. 1987, *Société TV 6 et autres*, *AJDA* 1987.360, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre.

complètement disparu. Par des moyens directs ou indirects, l'Administration s'engage financièrement dans l'opération, en attribuant des subventions, des garanties (d'emprunts, par exemple), et, en contrepartie, en participant aux bénéfices. Ces mécanismes ont été utilisés pour les concessions d'autoroutes ou de mise en valeur régionale. En réalité, cette évolution vers une intervention financière de la collectivité publique était pratiquement inévitable, étant donné l'ampleur des investissements nécessités par les grands services publics. De même, la politique tarifaire des services publics implique une collaboration financière, car le gestionnaire ne peut supporter seul les conséquences de bas tarifs [1].

II. L'affermage

La concession a une sœur jumelle qui est l'**affermage.** Dans ce mode de gestion, les frais d'équipement originels sont supportés par la collectivité publique ; le **fermier** assure l'exploitation du service ; sa rémunération repose sur les redevances payées par les usagers mais il verse lui-même à l'Administration une contribution à l'amortissement des frais initiaux. Ce procédé est loin d'être secondaire : il a connu un très large développement et tend à prendre une place plus importante que la concession dans la gestion des services publics locaux. Il présente le double avantage de permettre à des collectivités publiques de tirer un revenu des équipements qu'elles ont construits ou aménagés et à des entreprises privées d'exécuter une mission d'intérêt général sans être écrasées par de trop lourds investissements [2].

B. Les organismes privés investis par voie unilatérale d'une mission de service public

Certains textes prévoient directement que des organismes privés gèrent des services publics. Tel est le cas en matière de Sécurité sociale [3]. Le plus souvent, des conditions doivent être remplies par ces organismes pour qu'ils obtiennent un agrément ou une habilitation. Ainsi, selon le code du sport (art. L. 131-8), « un agrément peut être délivré par le ministre chargé des sports aux fédérations qui, en vue de participer à l'exécution d'une mission de service public, ont adopté des statuts comportant certaines dispositions obligatoires et un règlement disciplinaire conforme à un règlement type » [4]. De même [5], pour pouvoir fournir des prestations relevant du « service extérieur des pompes funèbres », les entreprises ou les associations (tout comme les régies municipales) doivent être habilitées par le représentant de l'État dans le département qui s'assure de leur aptitude à le faire (art. L. 2223-23, CGCT).

---

1. Toute cette évolution, au cours du XXe siècle, n'est cependant pas sans poser aujourd'hui des problèmes, notamment au regard du droit de la concurrence (*infra*, p. 556). Bien des pratiques s'en trouvent remises en cause.
2. J.-M. Auby, « Actualité de l'affermage de service public », *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot,* CERAM, Université de Montpellier, 1984 (t. I, p. 29) ; P. Subra de Bieusses, « La spécificité de l'affermage », *AJDA* 1996.608.
3. V. J.-J. Dupeyroux, *Droit de la Sécurité sociale*, 15e éd. par M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, « Précis » Dalloz, 2005.
4. V. aussi sur cet exemple, *supra* p. 459 (des fédérations sportives agréées il faut distinguer encore les fédérations délégataires).
5. Depuis la loi du 8 janvier 1993 relative à la législation funéraire ayant supprimé le monopole des communes en la matière.

Section 3
Les régimes juridiques

La qualité de service public attribuée à une activité entraîne la soumission à une sorte de *droit commun aux différents services publics,* constitué de règles et principes touchant à la création et au fonctionnement de tout service public, quel qu'il soit (§ 1).Au-delà de ces règles et principes fondamentaux, le droit positif admet une gestion privée à côté de la gestion publique et, entre ces deux extrêmes, toute une gamme de nuances, ce qui conduit à une grande *diversité des régimes juridiques en fonction du statut des organes et de la nature de l'activité* (§ 2). Si elle pèse sur l'ensemble et l'infléchit sensiblement, la *soumission des services publics au droit de la concurrence* ne le bouleverse sûrement pas, mais elle est sans conteste le fait marquant de ces dernières années (§ 3).

§ 1. Le droit commun aux différents services publics

A. Création et suppression

Pour les tenants de la doctrine libérale, les interventions de l'Administration doivent rester très limitées (surtout dans le domaine économique) : en assumant des activités, les autorités publiques restreignent le champ d'action de l'initiative privée, faussent les règles du marché et donc portent atteinte aux libertés des particuliers. En conséquence, sous les IIIe et IVe Républiques, seul le Parlement avait le pouvoir d'autoriser la création de services publics et le juge reflétait bien cette opinion dominante en exigeant une autorisation législative expresse [1]. Toutefois, l'application de ce principe a toujours connu des aménagements et a été remise en cause en 1958. Les règles sont d'ailleurs différentes selon qu'il s'agit de **services nationaux** ou de **services locaux.**

I. Les services publics nationaux

Le monopole législatif était, dès **avant 1958,** assez sensiblement atténué par la reconnaissance de compétences aux autorités exécutives. Ainsi, certains services publics supposant une utilisation du domaine public [2] ne pouvaient être mis en place qu'après une autorisation administrative d'exploitation. Et la détermination des modalités générales d'organisation relevait du pouvoir réglementaire. Enfin, la jurisprudence avait nettement

---

1. CE 13 nov. 1953, *Chambre syndicale des industries et du commerce des armes*, *R.* 487. Le Préambule de 1946 (al. 9) apportait une innovation en utilisant, sans la définir l'expression « service public » : « Tout bien, toute entreprise, qui a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Visant les nationalisations, il a pu être invoqué pour contester les privatisations, en 1986, et dans sa décision du 23 juill. 1996, concernant la loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, le Conseil constitutionnel y fait référence. Il n'a malgré tout jamais fondé une censure de la loi.

2. Tel le cas d'utilisation du domaine public pour les transports ou la pose de câbles : CE 5 mai 1944, *Compagnie maritime de l'Afrique orientale*, *RDP* 1944.236, concl. B. Chenot ; 6 févr. 1948, *Société française radio-atlantique, et compagnie carcassonnaise de transports en commun*, *R.* 65 et 69, *RDP* 1948, concl. B. Chenot.

admis l'existence de services publics créés par les autorités exécutives et, par conséquent, éventuellement supprimés par ces dernières [1].

La **Constitution de 1958,** en délimitant le domaine législatif, peut sembler rejeter la compétence législative pour créer les services publics — dans la mesure où cette création ne figure pas dans les énumérations de l'article 34 et où, en conséquence, elle relève du pouvoir réglementaire autonome (art. 37). Mais le bouleversement est loin d'être total car la décision continue d'appartenir au Parlement dans de nombreux cas : lorsque la création du service met en cause les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, lorsqu'elle aboutit à l'apparition d'une nouvelle catégorie d'établissements publics, lorsqu'elle comporte une nationalisation (un transfert de propriété d'entreprises du secteur privé au secteur public). De plus, l'article 34 donne compétence au législateur pour fixer les principes fondamentaux de certains grands services publics : la défense nationale, l'enseignement, la Sécurité sociale. En définitive, il existe un partage des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif pour la création et la suppression des services publics [2].

Le Conseil constitutionnel, par sa jurisprudence, paraît avoir apporté des limites aux initiatives de ces autorités. En effet, dans les décisions du 25 juin 1986 (concernant la privatisation) et du 18 septembre 1986 (relative à la communication audiovisuelle) il a considéré que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ». S'en déduit logiquement que de tels services publics ne peuvent être supprimés que par le pouvoir constituant. Le Conseil constitutionnel n'a toutefois pas fixé la liste de ces services publics (en revanche, il a considéré que la télévision est un mode de communication qui « ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle »). On peut affirmer que sont des **services publics à fondement constitutionnel** les attributions régaliennes de l'État (défense, police, justice, monnaie, fisc) et certainement aussi l'enseignement public, le service hospitalier, l'aide sociale et la sécurité sociale. Mais les incertitudes sont nombreuses quant à l'interprétation de diverses dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946. Ce Préambule proclame en effet des droits sociaux essentiels, impliquant une intervention de l'État, mais il ne fixe pas les moyens par lesquels doivent être garantis ces droits. Aussi, en l'état de la jurisprudence, la notion de service public constitutionnel reste-t-elle essentiellement doctrinale et source d'interrogations [3].

---

1. CE 27 janv. 1961, *Vannier*, *R.* 60, concl. J. Kahn. Dans cet arrêt (à propos d'émissions de télévision), le juge considère que « les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; qu'il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire ». Or, en principe, le parallélisme des compétences impliquerait la nécessité d'une loi pour mettre fin à l'existence du service s'il avait été créé par voie législative ; en d'autres termes, l'administration compétente pour supprimer le service est aussi compétente pour le créer.
2. Les services publics créés par le seul pouvoir exécutif sont assez rares, mais tel est le cas du service public des bases de données juridiques. Organisé par décret en 1996, il a connu un développement qui a conduit à le modifier. C'est aujourd'hui le *« service public de la diffusion du droit par internet »* (avec le site *Légifrance* placé sous la responsabilité du Secrétariat général du gouvernement et exploité par la Direction des journaux officiels) : V. le décret du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par internet (*JO* 9 août 2002).
3. V. R. de Bellescize, *Les services publics constitutionnels*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 244, 2005.

II. Les services publics locaux

Par les lois du 10 août 1871, relative au département, et du 5 avril 1884, relative à la commune, le législateur a posé les règles générales de création des services locaux. Il s'agit en fait d'autorisations abstraites, données au Conseil général et au conseil municipal de prendre les décisions concrètes de création sous le contrôle des autorités de tutelle. Aujourd'hui l'article L. 1111-2 du CGCT dispose que « les communes, les départements et les régions règlent par leur délibérations les affaires de leur compétence ». Dans le respect des dispositions législatives fixant la répartition des compétences [1] entre les diverses collectivités territoriales, les assemblées locales prennent les décisions relatives aux activités répondant à un intérêt public local. Toutefois, l'intervention des collectivités en matière de services publics présente deux régimes. En effet, il existe en vertu de la loi des **services obligatoires :** cela implique l'obligation pour l'assemblée délibérante d'inscrire au budget les crédits nécessaires [2]. À côté de ces services obligatoires, existent des services qualifiés de **facultatifs** en raison de la liberté laissée aux assemblées locales quant à leur création.

Au début du XXe siècle, les **services publics à caractère industriel ou commercial** ont ainsi eu tendance à se multiplier (municipalisme ou socialisme municipal), ce qui a provoqué des difficultés au regard du *principe de la liberté du commerce et de l'industrie* interprété comme interdisant aux collectivités de faire concurrence aux entreprises privées.

Le Conseil d'État s'est opposé à la création de tels services, en ne l'admettant que de façon très restrictive en cas de *circonstances exceptionnelles* [3], et, malgré un décret-loi de 1926 élargissant les possibilités de création de services à caractère économique, il a maintenu sa position. Dans une décision célèbre de 1930 [4], il a substitué à la notion de circonstances exceptionnelles celle de *circonstances particulières* de temps et de lieu, tout en conservant une conception restrictive. Toutefois, sous l'influence des événements et de l'évolution des idées (accélérée par la crise économique des années trente), la **jurisprudence n'a cessé d'être assouplie.** Le juge a apprécié de façon plus large les besoins locaux, admettant de plus en plus facilement l'existence de circonstances particulières et atténuant considérablement la portée du principe de liberté du commerce et de l'industrie. La notion de besoin collectif local a fini par inclure des activités essentielles comme le logement, l'hygiène, la distribution de l'eau, les transports, et aussi la culture (théâtres, cinémas) ou les loisirs. Théoriquement justifiées par la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée, les interventions publiques ont été admises simplement en vue d'une *amélioration* qualitative ou quantitative de l'activité, ou même à titre d'*impulsion.* Ainsi, relève de ces objectifs, la création de services de consultations juridiques gratuits [5] ou de cabinets médicaux municipaux [6].

---

1. V. dossier 5, Les collectivités territoriales décentralisées.
2. Le CGCT fixe les dépenses qui sont obligatoires pour les collectivités (art. L. 2321-1 et 2321-2 pour les communes, L 3321-1 pour les départements, L. 4321-1 pour les régions).
3. CE 1er févr. 1901, *Descroix et autres boulangers de Poitiers*, *S.* 1901.III.41, concl. J. Romieu, note M. Hauriou.
4. CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, *R.* 583, *S.* 1931.3.73, concl. P. Josse, *GAJA,* n° 44.
5. CE 23 déc. 1970, *Préfet du Val-d'Oise c/Commune de Montmagny*, *R.* 788, *RDP* 1971.248, concl. J. Kahn.
6. CE 20 nov. 1964, *Ville de Nanterre*, *R.* 563, *AJDA* 1964.686.

Début XXI[e] siècle, il est admis que s'est opéré un profond changement de perspective. Ce qui tend à compter, pour juger de la régularité d'une intervention, c'est moins la carence de l'initiative privée que les conditions dans lesquelles se fait cette intervention. Les collectivités territoriales, tout comme l'État, peuvent fort bien concurrencer les entreprises privées s'il y a *égalité des conditions d'intervention* : « le droit français de l'intervention économique publique, a conclu un commissaire du gouvernement, qui reposait sur un principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées, a désormais pour fondement un principe d'égale concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé » [1]. Sans doute faut-il cependant nuancer. En l'état actuel de la jurisprudence, si (indépendamment de ce qu'elles sont tenues d'assurer) les personnes publiques entendent prendre en charge une activité économique, « elles ne peuvent légalement le faire que **dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence » :** d'une part, « pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée » ; d'autre part, « une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci » [2]. Autrement dit, si le libre jeu de la concurrence est bel et bien devenu essentiel, il faut toujours compter avec les exigences anciennes et il peut sembler excessif de considérer qu'au principe de non concurrence des personnes privées par les personnes publiques s'est substitué purement et simplement un principe d'égale concurrence [3].

B. Principes de fonctionnement

Les théoriciens du service public ont essayé d'établir les principes qui régissent l'ensemble des activités tendant à la satisfaction de l'intérêt général. À la suite de Léon Duguit, Louis Rolland [4] a systématisé ces « lois » — *égalité, continuité, mutabilité* — qui demeurent essentielles malgré les évolutions [5].

Deux faits nouveaux sont, en la matière, à noter. D'abord, le droit communautaire semble avoir mis à mal l'idée même d'une application uniforme de ces trois principes communs à tous les services publics, obligeant à reconnaître — plus qu'auparavant — que les exigences peuvent varier selon les services publics [6]. Ensuite, signe sans doute de ce

---

1. C. Bergeal, concl. sur CE 16 oct. 2000, *Cie méditerranéenne des services d'eau*, *RFDA* 2001.106.
2. CE 19 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, *JCP A* 2006, n[o] 1133, note F. Linditch.
3. V. C. Maugüe, dans *Les libertés économiques* (dir. G. Drago et M. Lombard), Éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 57 ; et, dans le même sens : Conseil d'État, *Rapport public 2002,* « Collectivités publiques et concurrence », La Documentation française, *EDCE* n[o] 53, p. 263 ; J.-Y. Chérot, « Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 87.
4. L. Rolland, *Précis de droit administratif,* Dalloz, 10[e] éd., 1951. V. aussi R.-E. Charlier, *L'État et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 267 et s.
5. Sur ce qu'il en est aujourd'hui : D. Truchet, « Unité et diversité des « grands principes » du service public », n[o] spécial *AJDA* du 20 juin 1997, *Le service public. Unité et diversité,* p. 38.
6. V. *Le service public*, Rapport de la mission présidée par R. Denoix de Saint-Marc, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1996 (p. 56) : « Pour importants qu'ils soient, ces principes ne définissent pas à eux seuls le service public. Une activité économique peut se conformer aux principaux

que les « lois de Rolland » sont jugées insuffisantes, de *« nouveaux principes »* sont mis en avant, venant compléter les principes traditionnels.

I. Le principe d'égalité

a) En affirmant l'**égalité devant la loi,** la Déclaration des droits de 1789 a posé le fondement de l'*égalité devant les activités publiques,* précisée, en particulier, dans le Préambule de la Constitution de 1946 (rappelée dans celle de 1958). Le Conseil d'État a mis en œuvre cette inspiration fondamentale du droit positif français, en consacrant, notamment, comme principe général du droit, le **« principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics »** [1]. Le Conseil constitutionnel, de son côté, a fait état, dans sa décision du 18 septembre 1986 relative à la communication audiovisuelle, des « principes fondamentaux du service public, et notamment le principe d'égalité » (dont le corollaire est le principe de neutralité) et, dans sa décision du 23 juillet 1996 relative à France Télécom, il se réfère aux « principes constitutionnels régissant le service public » (égalité, neutralité, et continuité) [2].

b) Ce « principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que des *situations différentes* soient réglées de manière différente ni à ce qu'il soit dérogé à l'égalité pour des *raisons d'intérêt général* ». Dans l'un et l'autre cas, c'est à la condition que la **différence de traitement** qui en résulte « soit *en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit* et ne soit *pas manifestement disproportionnée* au regard des différences de situation ou des motifs susceptibles de la justifier [3]. Une différence de situation n'est pas donnée *a priori*. Elle se construit en fonction de considérations diverses : selon le Conseil d'État, elle doit être « objective et rationnelle » ; en rapport avec l'objet ou le but de la loi ou du règlement [4] ; « appréciable », c'est-à-dire suffisamment nette [5]. Quant à l'intérêt général de nature à

---

d'entre eux sans nécessairement remplir des missions de service public. À l'inverse, [...] ces principes peuvent être diversement interprétés selon les particularités de chaque mission de service public ».

1. V. *supra*, p. 151, l'arrêt *Société des Concerts du Conservatoire*, de 1951.

2. G. Braibant, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* PUF, 1989, p. 97 ; CE, *rapport* public 1996, « Sur le principe d'égalité », La Documentation française, *EDCE,* n° 48 (sont analysés la construction du principe d'égalité, les nouvelles questions de l'égalité des droits, et les nouveaux objectifs de l'égalité des chances). V. aussi sur les rapports entre égalité et équité : T. Lambert (dir.), *Égalité et équité. Antagonisme ou complémentarité ?*, Economica, 1999 ; G. Koubi et G. Guglielmi (dir.), *L'égalité des chances*, La Découverte, coll. « Recherches », 2000.

3. CE 10 janv. 2005, *MM. Hardy et Le Cornec*, *AJDA* 2005.1575, note J.-C. Hélin (affaire où une différence de traitement apparaît manifestement disproportionnée). Autre illustration de cette exigence de proportionnalité (à propos du pacte civil de solidarité) : CE 28 juin 2002, *Villemain*, *RFDA* 2002.273, concl. S. Boissard.

4. Au regard, par exemple, d'un prix littéraire ayant pour objet de promouvoir la poésie de langue française, les écrivains d'expression française et ceux qui ne s'expriment pas en français sont dans des situations différentes (CE 18 févr. 1987, *Union des écrivains provençaux*, *R.* 653).

5. CE 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* : une différence de tarif pour le transport par bac de La Rochelle à l'île de Ré est justifiée en faveur des habitants de l'île mais elle ne l'est pas pour les habitants de la partie continentale du département de la Charente-Maritime (dont fait partie l'île de Ré). C'est évidemment toujours, quoi que l'on en dise, affaire d'appréciation plus ou moins subjective ! Quelques années après l'arrêt *Denoyez et Chorques*, une loi du 12 juillet 1979 concernant les péages sur certains ouvrages d'art — ponts ou tunnels — a admis plus largement que bénéficient d'un tarif privilégié « ceux qui ont leur domicile ou leur lieu de travail dans le ou les départements concernés » ; cette loi, a jugé le Conseil constitutionnel, « a déterminé des critères qui ne sont contraires ni au principe d'égalité devant la loi ni à son corollaire, celui de l'égalité devant les charges publiques » ; *AJDA* n° 9, 1979.46.

justifier une différence de traitement, sa définition, reconnaît le Conseil d'État (tout comme le Conseil constitutionnel), n'est pas du ressort du juge « mais de celui du pouvoir politique » [1]. Reste que, si le principe d'égalité permet des différences de traitement, « il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans une situation différente » [2]. Et il va de soi que, si différence de traitement il y a, de par la Constitution, elle ne peut en aucun cas être fondée sur la race, l'origine des personnes ou la religion ; elle ne saurait non plus, en principe, reposer sur une distinction entre les hommes et les femmes.

c) L'exemple de la *tarification des services publics* est particulièrement révélateur des problèmes très difficiles et complexes que pose l'application du principe d'égalité. Alors que celui-ci peut sembler aller de pair avec la **gratuité du service public,** la Constitution ne paraît affirmer expressément ce principe que pour l'enseignement [3]. En tout état de cause, la charge matérielle du service — son coût — doit être financée dans tous les cas, d'une façon ou d'une autre, soit par le contribuable (national ou local), soit directement par l'usager. Le législateur et les autorités exécutives sont donc obligés d'opérer des choix, en fonction de la nature des activités (il est certain qu'en raison de leur usage collectif la défense nationale ou la police peuvent difficilement être financées par l'usager [4], par contre les SPIC sont en principe financés essentiellement par des redevances payées par

---

1. Rapport CE 1996, cité p. 547, note 2 (p. 44). Le juge contrôle seulement si l'intérêt invoqué est « en rapport avec l'objet poursuivi par la réglementation en cause ».
Ce qui est aujourd'hui communément appelé **discrimination positive** n'est, selon le Conseil d'État, qu'une « catégorie particulière de discrimination justifiée, mise en œuvre par une politique volontariste et dont l'objectif est la réduction d'une inégalité » (*ibid.*, p. 87 ; avec notamment l'exemple de la *progressivité de l'impôt* et celui de la réglementation des *zones d'éducation prioritaires*). Cette question des discriminations positives a pris de l'ampleur en raison du creusement des inégalités matérielles qui font obstacle à une égalité réelle dans l'accès à l'éducation, à l'emploi, aux soins, au logement... Si diverses lois sont intervenues, tendant à établir une « égalité des chances », il n'en reste pas moins que l'action politique soulève des débats quant aux critères fondant les discriminations et aux modalités de mise en œuvre de celles-ci. À titre d'exemple, v. l'affaire du régime de l'accès à l'Institut d'études politiques de Paris, CAA Paris, 6 nov. 2003, *Union nationale universitaire*, *AJDA* 2004.343, note A. Legrand.
2. CE 20 avr. 2005, *Union des familles en Europe*, *AJDA* 2005. 2233, note L. Burgorgue -Larsen. C'est une possibilité, pas une obligation. V. à nouveau le rapport précité du Conseil d'État. Il souligne (p. 37) qu'il en va autrement en droit communautaire. La CJCE a une « conception de l'égalité plus concrète » : pour elle, « à situations égales, règle identique ; à situations différentes, règles différentes ».
3. La gratuité des services publics ne constitue pas un principe de valeur constitutionnelle. Mais le législateur peut instituer la gratuité qui doit dès lors être respectée par les autorités administratives. V., par exemple, le problème des ouvrages d'art à péage (ponts, tunnels) : CE 16 févr. 1979, *Comité d'action et de défense des intérêt de l'île d'Oléron*, et CC 12 juill. 1979, *AJDA* 1979, n° 9, p. 38 : le Conseil constitutionnel affirme qu'il n'y a pas de principe constitutionnel de gratuité de la circulation sur les voies publiques. V. aussi M. Willemin et J.-L. Pothet, « La gratuité du service public à l'égard des usagers », *Sur les services publics*, études coordonnées par M.-J. Guédon, Economica, 1982, p. 15 ; R. Herzog, « Le prix du service public », n° spécial *AJDA* du 20 juin 1997, *Le service public. Unité et diversité,* p. 38 ; G. Koubi et G. Guglielmi (dir.), *La gratuité, une question de droit ?*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003.
4. Toutefois, si la gratuité est de principe pour les activités de sécurité et de secours, certaines prestations spécifiques peuvent, en vertu de dispositions législatives, donner lieu à une participation aux frais de la part des personnes concernées (loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité). Sur cette question et, plus généralement, sur la problématique du financement du service public par le contribuable ou l'usager, v. l'étude du Conseil d'État : *Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public*, La Documentation française, 2002.

les usagers). L'impact politique et social des décisions à prendre est souvent déterminant (et les choix peuvent être alors très discutables), à moins que ne soient mis en avant des impératifs de gestion, l'État se déchargeant, pour des raisons budgétaires, d'activités onéreuses sur des organismes privés qui établissent des relations de clientèle avec les usagers. D'une façon générale, les *services facultatifs* (pour les collectivités publiques comme pour les usagers) se caractérisent par une non-gratuité et une application fort nuancée du principe d'égalité. Le juge exige que les différences de traitement ne soient pas disproportionnées au regard de leur justification et de l'objet du service. Cela dit, la diversité des services publics comme celle de la situation des usagers rend l'application difficile. Une jurisprudence subtile en matière de discriminations tarifaires a semblé considérer que certains services ont une vocation plus sociale (une crèche par exemple) que d'autres (une école de musique) permettant une péréquation entre les usagers selon leurs ressources. Il n'y en a pas moins toujours à faire des appréciations délicates et susceptibles de varier. En 1985, s'agissant précisément d'un conservatoire municipal de musique, le Conseil d'État estimait impossible, sans méconnaître le principe d'égalité devant le service public, de fixer des droits d'inscription différents selon les ressources des familles. En 1997, au contraire, il l'admet « eu égard à l'intérêt général qui s'attache à ce que le conservatoire de musique puisse être fréquenté par les élèves qui le souhaitent, sans distinction selon leurs possibilités financières » [1].

En outre, l'*accès même* à un service peut être limité : le Conseil d'État a jugé que les difficultés rencontrées par une école de musique pour recevoir l'ensemble des usagers intéressés justifient une limitation de l'accès aux personnes qui ont « un lien suffisant » avec la commune [2].

d) La **neutralité** du service public est le prolongement de l'égalité mais elle ne s'y réduit pas et doit en être distinguée. Elle signifie certes que les autorités administratives et leurs agents ne doivent pas pratiquer de propagande dans le cadre du service public ou de favoritisme en prenant en considération les origines raciales, la nationalité, les obédiences religieuses ou les convictions politiques des administrés. Toutefois, tout autant que de l'égalité, la neutralité résulte du principe de **laïcité** [3]. Le cas de l'enseignement public en est l'illustration. Sa neutralité exclut toute discrimination entre les élèves. Exclut-elle aussi toute prise en considération des croyances ? Comment concilier la neutralité avec la liberté de conscience ?

À ce sujet, l'année 1989 avait été marquée par des incidents qui ont conduit le gouvernement à saisir pour *avis* le Conseil d'État. Le problème était de savoir si le port par des élèves de *signes d'appartenance à une religion* (« foulard islamique ») est compatible avec le principe de laïcité de l'enseignement. Le Conseil d'État rappelle « qu'il résulte des

---

1. CE 26 avr. 1985, *Ville de Tarbes*, *AJDA* 1985.409 ; CE 29 déc. 1997, *Commune de Gennevilliers* et *Commune de Nanterre* (2 arrêts), *AJDA* 1998.168, chron. Th.-X. Girardot et F. Raynaud et *RDP* 1998.899, note M. Borgetto. Il faut remarquer que dans la ligne de cette évolution la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions dispose que « les tarifs des services publics administratifs facultatifs peuvent être fixés en fonction du niveau de revenu des usagers et du nombre des personnes vivant au foyer ».
2. CE 13 mai 1994, *Commune de Dreux*, *RFDA* 1994.711, concl. Daël (le critère du « lien suffisant » est plus large que celui du domicile : il peut s'agir du lieu de travail ou de scolarisation).
3. Principe mentionné à deux reprises dans la Constitution de 1958 (art. 1er, et al. 13 du Préambule de 1946) et souvent associé à la loi du 9 décembre 1905 portant séparation des Églises et de l'État (laquelle, il faut le noter, si elle en est considérée comme le principal fondement législatif, n'utilise pas le mot).

textes constitutionnels et législatifs et des engagements internationaux de la France que le principe de la laïcité de l'enseignement public, qui est l'un des éléments de la laïcité de l'État et de la neutralité de l'ensemble des services publics, impose que l'enseignement soit dispensé dans le respect, d'une part, de cette neutralité par les programmes et par les enseignants [1], et, d'autre part, de la liberté de conscience des élèves ». Ensuite, dans cet avis nuancé, le Conseil d'État affirme le droit pour les élèves d'exprimer leurs croyances religieuses dans les établissements, mais il indique plusieurs limites à cette liberté : nécessaire accomplissement des missions du service public, respect de l'ordre public, respect de la liberté d'autrui interdisant les actes de propagande, de prosélytisme, de provocation... Et les responsables de l'enseignement se voient confier la mission de réglementer l'application des principes en fonction de la situation des établissements. Cet avis du Conseil d'État a été suivi d'une circulaire du ministre de l'Éducation nationale. Peu après, dans un arrêt de 1992, le Conseil d'État a censuré le règlement d'un collège (ainsi que les sanctions prises en application) qui posait une interdiction générale et absolue du port de signes religieux sans la justifier par des conditions particulières : il précise qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre le port de signes religieux et le principe de la laïcité. Dans sa jurisprudence ultérieure, il a aussi été amené à admettre la régularité de sanctions. Et, dans un arrêt de 1999, il a semblé renforcer l'encadrement de la liberté d'expression et de manifestation de croyances religieuses en énonçant l'obligation pour les élèves de porter des tenues compatibles avec le bon déroulement des enseignements de technologie et d'éducation physique [2].

Ce souci de conciliation apparaît encore dans des arrêts de 1995 concernant l'obligation d'assiduité : celle-ci n'interdit pas « aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaire à l'exercice d'un culte (...) dans le cas où ces absences sont compatibles avec les tâches inhérentes à leurs études » [3].

Mais le débat sur la laïcité a été relancé en 2003 et a pris une ampleur considérable, conduisant à la formation d'instances de réflexion et à l'intervention du législateur, alors même que les difficultés réelles rencontrées dans certains établissements scolaires étaient statistiquement assez limitées. « La question de la laïcité, constatait alors le Conseil d'État, a toujours revêtu, en France, un caractère sensible, et les débats actuels en sont une nouvelle illustration. Le regard porté sur cette question est aujourd'hui nourri, mais aussi brouillé, par celle, plus large, de l'intégration et des dangers à cet égard du communau-

---

1. À leur sujet le Conseil d'État a été ensuite amené à préciser que « le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent dans le cadre du service public du droit de manifester leurs croyances religieuses » : Avis du contentieux du 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, *RFDA* 2001.146, concl. R. Schwartz. Sur le respect de la laïcité par les agents publics, v. aussi CE 16 févr. 2004, *M. B.*, *AJDA* 2004. 822, note G. Guglielmi et G. Koubi.
2. CE, Avis, 27 nov. 1989, *AJDA* 1990.39, et *RFDA* 1990.1, note J. Rivero, et *GACE* n° 22 ; circulaire du 12 décembre 1989 du ministre de l'Éducation nationale (*JO* 15 déc. 1989) (comm. Cl. Durand-Prinborgne, *RFDA* 1990.10) ; CE 2 nov. 1992, *Kherouaa*, *RFDA* 1993.112, concl. D. Kessler (auteur, par ailleurs, d'un article sur « La laïcité » — *Pouvoirs*, 2002, n° 100, *La République*, p. 33). V. ensuite CE 14 mars 1994, *Yilmaz*, *AJDA* 1994.415 ; CE 10 mars 1995, *Aoukili*, *AJDA* 1995.333 ; CE 10 juill. 1995, *Association Un Sysiphe* (à propos de la « circulaire Bayrou » du 20 oct. 1994), *AJDA* 1995.644 ; CE 20 oct. 1999, *M. et Mme Ait Ahmad*, *AJDA* 2000.165, note F. de La Morena.
3. CE 14 avr. 1995, *Consistoire central des Israélites de France* et (*contra*) CE 14 avr. 1995, *M. Koen*, concl. Y. Aguila, *RFDA* 1995.585.

tarisme » [1]. Face à cette complexité, la nécessité d'une loi et son contenu n'étaient pas d'une évidence absolue. Quoi qu'il en soit, *la loi du 15 mars 2004* [2] dispose que « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou de tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit ». Et elle ajoute que « le règlement intérieur rappelle que la mise en œuvre d'un procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève ». Les signes discrets ne sont donc pas interdits. Cela n'a pas manqué de susciter des interrogations. Qu'est-ce qui est religieux ? Qu'est-ce qui est ostensible ? N'a-t-on pas fait prévaloir avec cette loi une nouvelle conception radicale et autoritaire de la laïcité, qui s'impose aux élèves, alors qu'en principe elle s'impose à l'État, précisément pour assurer à chacun la protection de sa liberté de conscience ? L'interdiction ou l'exclusion d'élèves voilées peut-elle régler les problèmes de fond que constituent l'intégration sociale ou encore l'égalité entre les hommes et les femmes ? Et quel sera le sort des élèves exclues ? Finalement, si ces questions demeurent, après un an d'application il a pu être considéré que « le bilan révèle moins de difficulté qu'on ne le pressentait : nette déflation du port de signes religieux, contentieux peu abondants, aucune annulation des décisions d'exclusion » [3].

II. Le principe de continuité

« La continuité est de l'essence du service public » [4] : elle repose sur la nécessité de répondre aux besoins d'intérêt général sans interruption. Cette « loi » fondamentale traduit sur le plan de l'action administrative l'idée plus générale de l'exigence d'une permanence de l'État. L'article 5 de la Constitution de 1958 dispose que « le président de la République assure, par son arbitrage, la continuité de l'État et le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». Il n'est donc pas surprenant que le Conseil constitutionnel ait donné au principe de continuité des services publics **valeur constitutionnelle,** et que le Conseil d'État le qualifie de « principe fondamental » [5] et en fasse le fondement d'obligations ou de sujétions imposées à l'Administration en même temps que de prérogatives de puissance publique.

Les autorités administratives doivent s'assurer du fonctionnement régulier des services, et, en cas de défaillance, leur responsabilité serait engagée. Naturellement, la notion de

---

1. « Un siècle de laïcité », considérations générales, *Rapport public 2004*, La Documentation française, *EDCE* n° 55.
2. Loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics (*JO* 17 mars 2004) ; loi précédée par le rapport de la Commission présidée par B. Stasi, *Laïcité et République*, La Documentation française, 2004 ; et suivie par une circulaire du 18 mai 2004 relative à sa mise en œuvre (*JO* 22 mai 2004). Ce texte, dont l'élaboration a donné lieu à trois versions successives (ce qui traduit les difficultés de la question), explicite divers points dans le but d'éviter autant que possible les interprétations divergentes.
3. B. Toulemonde, « Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ? », *AJDA* 2005.2044. Et, pour un exemple de contentieux : CAA de Paris, 19 juill. 2005, *M. Ranjit Singh*, *AJDA* 2005.2009, concl. B. Bachini (le sous-turban ou keski sikh « ne peut être qualifié de signe discret »).
4. Tardieu, concl. sur CE 7 août 1909, *Winkell*, *S.* 1909.III.145. V. : J.-P. Gilli (dir.), *La continuité des services publics*, PUF, 1973 ; A. Dupie, « Le principe de continuité des services publics », dans *Sur les services publics,* M.-J. Guédon (dir.), Economica, 1982, p. 39 ; *S.* Pinon, « Le principe de continuité des services publics : du renforcement de la puissance étatique à la sauvegarde de l'expression démocratique », *Rev. interdisciplinaire d'études juridiques,* 2003.51.
5. CC 25 juill. 1979, *AJDA* 1979.46, et CC 23 juill. 1996 (loi relative au statut de France Télécom) ; CE 13 juin 1980, *Dame Bonjean*, *R.* 274.

« continuité » n'a pas le même contenu pour tous les services. Certains doivent avoir une permanence totale (lutte contre l'incendie, urgences dans les hôpitaux...), d'autres fonctionnent selon des horaires ou une périodicité variables : le juge contrôle, en fonction des cas s'il y a « accès normal » de l'usager au service. De plus, les autorités de l'État doivent veiller à ce que les autorités des collectivités territoriales décentralisées exécutent les lois et, notamment, assurent les services qu'elles ont obligatoirement en charge ; en cas d'inertie, de refus ou de négligence, le pouvoir de substitution peut intervenir.

Les impératifs liés à la continuité sont à la base de nombreuses règles de droit public et justifient d'importantes prérogatives : le privilège du préalable et l'effet non suspensif des recours, la possibilité de déroger aux règles normales en cas de circonstances exceptionnelles. L'obligation d'un fonctionnement régulier de l'Administration fonde aussi les aménagements dans l'exercice des compétences (intérim, suppléance, délégations). Et les autorités administratives imposent, pour rendre effective la continuité des services publics, des obligations au personnel ainsi qu'aux cocontractants de l'administration : tous les agents du service public sont soumis à la réglementation relative à la grève (et, en particulier, à l'obligation d'assurer un *service minimal*) ; et, à l'égard des cocontractants, le principe de continuité fonde la jurisprudence de l'*imprévision* et le pouvoir de *sanction* : un concessionnaire, notamment, doit, sauf cas de force majeure, continuer l'exploitation du service même en cas de difficultés imprévues.

III. Le principe de mutabilité

Parfois présenté comme un corollaire du principe de continuité, celui de **mutabilité** ou d'**adaptation** a cependant sa spécificité. Il s'agit plus d'*assurer au mieux, qualitativement,* le service que de garantir sa régularité dans le temps. Les exigences de l'intérêt général, et les besoins des administrés évoluent. Toutes les modifications d'ordre juridique, économique ou technique, qui interviennent et touchent les services publics obligent les autorités administratives à adapter, en conséquence, leurs actions. L'Administration est donc tenue d'agir et son abstention peut être sanctionnée par le juge. Son refus de mise en application de nouveaux textes ou de prise en considération d'un bouleversement des circonstances de fait (nécessitant des décisions nouvelles) peut être annulé à la suite d'un recours pour excès de pouvoir ou entraîner la mise en jeu de sa responsabilité pour faute de service [1]. En contrepartie, les autorités administratives, pour assurer la meilleure adaptation possible de leur action, imposent des obligations diverses aux usagers (qui n'ont pas de droit au maintien d'une prestation, d'un tarif, ou encore de tel mode de gestion d'un service public), aux cocontractants (modification unilatérale de clauses des contrats...), aux agents publics qui, étant dans une situation légale et réglementaire, n'ont pas de « droits acquis » au maintien de leur statut ou de l'organisation des services auxquels ils sont affectés.

Pleinement justifié dans son essence, ce principe d'adaptation appelle deux séries de remarques. D'une part, *sa valeur juridique est incertaine* dans la mesure où il n'a été consacré ni comme principe général du droit par le Conseil d'État, ni comme principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, à la différence des principes d'égalité et de continuité. D'autre part, *il recèle une certaine ambiguïté dans son contenu.* En effet, la recherche de la rentabilité, accentuée par les difficultés économiques, peut

---

1. V., *infra*, dossier 12 (La responsabilité administrative), p. 573.

conduire à formuler des limites à l'action administrative. Le principe de mutabilité est alors détourné de son sens : il sert de couverture à une restriction des services pour raison économique et est utilisé en vue d'adapter les besoins sociaux à la gestion, et non l'inverse [1].

IV. De nouveaux principes ?

Depuis le début des années 1990, dans le cadre de la réforme de l'État (et pour un « renouveau du service public ») les pouvoirs publics affirment la nécessité de « mieux prendre en compte les besoins et les attentes des citoyens ». L'État doit « veiller à ce que l'usager soit placé au centre de la préoccupation de tous les services publics ». Parmi d'autres, la circulaire Juppé du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics donnait ainsi une liste de « principes nouveaux » qu'elle présentait comme destinés à compléter les principes traditionnels : qualité, accessibilité, simplicité, rapidité, transparence, médiation, participation, responsabilité. Une charte des citoyens et des services publics était annoncée pour « donner corps » à ces principes. Elle n'a pas vu le jour mais divers lois et décrets ont apporté des améliorations et la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations met en œuvre plusieurs de ces principes [2]. Le bilan n'est pas négligeable : renforcement de la transparence, simplification des formalités et des procédures administratives, meilleure accessibilité (notamment avec la réorganisation territoriale des services publics et les maisons des services publics [3]), développement de la médiation... Plus récemment, une nouvelle circulaire du Premier ministre (Jean-Pierre Raffarin) a précisé les conditions de mise en œuvre, dans tous les services de l'État, d'une *charte de l'accueil des usagers dénommée « Charte Marianne »* [4]. Largement diffusée, celle-ci présente à tout usager les engagements à son égard du service auquel il s'adresse.

Peut-on pour autant parler de « nouveaux principes » de fonctionnement communs à tous les services publics ? [5] Dans l'affirmative, que sont-ils exactement ? Cela reste discuté, même s'il y a là assurément tout ce qui est censé déterminer la politique de modernisation administrative.

---

1. J.-P. Markus, « Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers », *RFDA* 2001.589.
2. De même il faut noter que la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale et celle du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ont renforcé les droits et garanties des usagers dans ces secteurs.
3. V. J.-D. Dreyfus, « Présence des services publics dans les territoires ruraux : l'émergence d'une « loi » de proximité », *AJDA* 2005.1274. Prévues par la loi du 29 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire, les *maisons des services publics* ont vu leur régime juridique précisé par la loi du 12 avril 2000, ainsi que par la loi du 23 février 2005 relative au développement des territoires ruraux (V. aussi, à leur propos, le décret du 6 juin 2001, modifié par décret du 21 mars 2006). Il s'agit d'offrir aux usagers un accès simple, en un lieu unique, à plusieurs services publics : poste, sécurité sociale, impôts... Peuvent également y participer « des personnes dont l'activité ne relève pas d'une mission de service public ».
4. Circulaire du 2 mars 2004 relative à la charte de l'accueil des usagers (*JO* 3 mars 2004).
5. V., posant la question, G. Guglielmi et G. Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, Domat, 2000, p. 453 (« Malgré les prétentions des autorités publiques et en dépit de certains discours de doctrine administrative et universitaire, il n'existe pourtant pas, en droit positif, de « nouveaux principes de fonctionnement du service public »).

§ 2. La diversité des régimes juridiques en fonction du statut des organes et de la nature des activités

La distinction habituelle des **services publics administratifs** (SPA), d'une part, et des **services publics industriels et commerciaux** (SPIC), d'autre part, demeure fondamentale même si elle n'est pas pleinement opératoire pour plusieurs raisons. En premier lieu, les qualifications en ce domaine sont souvent contestables, voire aléatoires. En second lieu, la *privatisation* touche les services administratifs, bien qu'elle concerne surtout les services industriels et commerciaux. Elle se présente, en effet, sous trois formes dont les deux premières s'appliquent à toute l'Administration : utilisation du droit privé, transfert de la gestion d'un organisme public à une association privée ou à une société commerciale, introduction de capitaux privés. En troisième lieu, le mode de financement ne permet pas de distinguer clairement les deux catégories de services : les services industriels et commerciaux bénéficient souvent de subventions budgétaires qui les rapprochent des services administratifs (dont certains disposent d'importantes ressources propres, à la façon d'une entreprise).

En réalité, chaque service public a son régime propre fait de droit public et de droit privé mais, globalement, les services gérés par des personnes publiques s'opposent aux services gérés par des personnes privées, plus nettement que les services administratifs aux services industriels et commerciaux.

A. Services publics gérés par des personnes publiques

I. Services publics administratifs

Il y a, pour cette catégorie, une présomption de soumission au **droit public** et, par conséquent, en matière contentieuse, compétence de principe des juridictions administratives. Par exemple, il a fini par être admis que les personnels non statutaires sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi.

Toutefois, la place du **droit privé** n'est pas négligeable, par exemple, dans les contrats passés pour assurer le fonctionnement de ces services. Mais les relations avec les usagers sont, en principe, d'ordre légal et réglementaire.

II. Services publics industriels et commerciaux

Le statut public des organismes a pour effet l'application de règles de **droit public :** organisation, compétence (pouvoir hiérarchique ou de tutelle), comptabilité publique sauf exceptions, propriété d'un domaine public, etc.

En revanche, la gestion d'activités similaires à celles du secteur marchand entraîne naturellement une inclusion, dans le régime juridique, de procédures de **droit privé**. En particulier, le *personnel* est soumis au droit privé sauf le directeur général et le comptable si ce dernier est un comptable public. L'influence directe du contexte commercial est particulièrement sensible dans les rapports avec les *usagers* : véritables clients, acheteurs d'une prestation ou d'un bien (par exemple, de l'électricité ou du gaz), ils sont traités

comme tels selon les procédures commerciales [1] et ils sont vis-à-vis du service dans une situation contractuelle de droit privé. Une très large compétence des juridictions judiciaires découle de ce régime et inclut les litiges relatifs à la responsabilité du service à l'égard des *tiers* (comme des usagers, évidemment).

Même pour les services publics gérés par des personnes morales de droit public, il existe donc une gamme nuancée de régimes juridiques empruntant plus ou moins, selon les finalités ou les nécessités des services, des règles au droit privé. La jurisprudence en la matière est assez complexe. Ainsi le Tribunal des conflits, dans un arrêt de 1955 [2], avait semblé dégager une nouvelle catégorie de services publics, les *services sociaux,* distincts des services administratifs et des services industriels et commerciaux. Dans la mesure où leur organisation ne présentait aucune particularité conduisant à les distinguer juridiquement des organisations similaires privées, leur contentieux devait relever de la compétence judiciaire (l'idée étant d'établir des « blocs de compétence » pour simplifier la répartition entre les deux ordres de juridictions). Mais cette solution, adoptée à propos de l'organisation de colonies de vacances, n'a guère eu de suite [3]. Les services sociaux gérés par des personnes publiques sont considérés comme des services administratifs.

B. Services publics gérés par des personnes privées

La présomption est, dans ces cas, en faveur du **droit privé.** La nature de l'organisme chargé du service n'est pas sans influence sur le régime juridique : associations, groupements mutualistes, sociétés d'économie mixte, sociétés à capital public, chaque catégorie présente une spécificité certaine. Cependant, le fait qu'il s'agisse, dans toutes ces hypothèses, de personnes morales privées entraîne en tout état de cause une utilisation importante du droit privé en ce qui concerne, notamment, le personnel, les rapports avec les usagers, la responsabilité, les contrats, la comptabilité. Le contentieux est, en conséquence, judiciaire sur tous ces points.

Le **droit public** n'est pas absent pour autant : les organismes privés gérant un service public sont contrôlés selon les règles du droit public par la collectivité dont ils dépendent ; parfois ils sont concernés par le régime juridique des travaux publics ou celui du domaine public (lorsqu'ils l'utilisent) ; la jurisprudence a reconnu dans certaines conditions le caractère administratif de contrats passés par des personnes privées ; la responsabilité des organismes privés gérant des services publics peut être considérée comme étant administrative dans la mesure où un dommage est lié à la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique. Enfin, le juge administratif admet que ces organismes privés chargés d'un service public accomplissent des **actes administratifs** (donc susceptibles d'être attaqués par un recours pour excès de pouvoir). La jurisprudence distingue deux cas : les organismes privés chargés d'un *service public administratif* peuvent prendre des décisions à caractère réglementaire ou individuel, à condition qu'il s'agisse de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique dans le cadre de l'exécution de leur mission d'intérêt général ; les organismes privés chargés d'un *service public industriel et commercial* ne

---

1. TC 17 déc. 1962, *Dame Bertrand*, *R.* 831, concl. J. Chardeau ; S. Nicinski, *L'usager du service public industriel et commercial*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2003.
2. TC 22 janv. 1955, *Naliato*, *R.* 694, *S.* 1956.56, note C. Eisenmann.
3. TC 4 juill. 1983, *Gambini c/Ville de Puteaux*, *RDP* 1983.1381, note J.-M. Auby, *JCP* 1984, J. n° 20275, concl. D. Labetoulle.

peuvent prendre que des décisions réglementaires, sur l'habilitation d'un texte particulier, et concernant l'organisation du service (non la gestion, qui est commerciale) [1].

§ 3. La soumission des services publics au droit de la concurrence

Même si les deux sont liés, et si le juge administratif tend à construire un nouveau droit public de la concurrence [2], il convient ici de distinguer encore le droit communautaire de la concurrence et le droit interne, tel qu'il résulte pour l'essentiel de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

A. Droit communautaire de la concurrence

Le droit communautaire soumet en principe aux règles de la concurrence les entreprises chargées de ce qu'il appelle non pas des services publics mais des *services d'intérêt économique général* (article 86.2 du traité instituant la Communauté européenne [3]). Encore faut-il que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité » (article 86.1). C'est pourquoi le développement du droit communautaire s'est accompagné, dans différents secteurs où prévalait un monopole public, d'une **politique d'ouverture à la concurrence**.

Le secteur des télécommunications a de fait servi de champ d'expérimentation. Deux lois du 26 juillet 1996 ont réalisé la réforme. La première organise l'ouverture à la concurrence et la régulation du marché ; elle redéfinit un service public des télécommunications comprenant un service universel dont l'opérateur public France Télécom est chargé. La seconde est relative à cet opérateur qu'elle transforme en entreprise nationale dont l'État « détient directement plus de la moitié du capital ». À un degré moindre et dans le cadre d'une réforme plus limitée les mêmes principes ont été appliqués au secteur de l'électricité par la loi du 10 février 2000. Entre-temps, en matière ferroviaire, la loi du 13 février 1997 a séparé l'entreprise chargée de l'infrastructure et celle qui assure le transport, en créant RFF [4]. Et, fort discrètement, la loi du 25 juin 1999 a introduit la notion de service universel postal. Mais ces diverses lois n'ont été que les premiers pas vers des réformes de plus grande envergure [5]. « Au départ, résume Laurent Richer [6], on trouve un opérateur unique, propriétaire des infrastructures ; à l'arrivée on doit trouver plusieurs opérateurs en compétition. Pour que les nouveaux entrants puissent effectivement accéder au marché, il est nécessaire qu'ils n'aient pas à dupliquer le réseau ; pour que l'opérateur « historique » ne puisse pas abuser des avantages qu'il tient de son ancienneté et de la propriété des réseaux, il est nécessaire d'introduire des contrôles et, parfois même, des

---

1. *Supra*, dossier 10, p. 458 et s. Simplement rappelés dans ce §, les différents éléments des régimes juridiques des services publics constituent l'essentiel du droit administratif et sont, par conséquent, la matière de tous les dossiers.
2. S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ, « Systèmes », 2005.
3. *Supra*, p. 534.
4. Loi du 13 février 1997 portant création de l'établissement public Réseau ferré de France, (*JO* 15 févr. 1997) (comm. D. Broussolle, *AJDA* 1997.456) : le nouvel établissement public a en charge l'infrastructure ferroviaire et la SNCF, quant à elle, a pour mission d'exploiter les services de transport.
5. V. *supra*, le dossier 6, sur les institutions spécialisées.
6. L. Richer, « Droit d'accès et service public », *AJDA* 2006.73.

handicaps compensatoires. À ces fins le système introduit en matière de télécommunications comporte, en simplifiant à l'extrême, trois volets : le droit d'accès aux moyens essentiels, la banalisation de l'opérateur historique et la création d'une autorité de régulation indépendante ».

Transposé, plus ou moins, à d'autres secteurs que les télécommunications, ce système apparaît multiforme. Par exemple, s'il y a actuellement séparation organique du gestionnaire de réseau et des opérateurs en matière ferroviaire ou d'énergie, tel n'est pas le cas en matière de postes et télécommunications. L'évolution, assurément, n'est pas achevée même si, à terme, l'objectif semble bien être de parvenir à une situation où la régulation sectorielle pourra s'effacer au profit du droit commun de la concurrence [1].

Dans cet univers concurrentiel, le droit communautaire produit ses **effets sur les actes de l'autorité publique** elle-même. Dès lors qu'ils concernent les entreprises, ces actes se doivent de respecter les règles des traités, sauf évidemment à décider des dérogations susceptibles de permettre aux services d'intérêt économiques général de remplir leur mission. Un contrôle du juge administratif s'exerce sur la nécessité de telles dérogations [2]. Font l'objet d'une attention toute particulière les sommes versées à titre de financement d'obligations de service public. Un **arrêt *Altmark***, de la CJCE, a fixé les conditions pour qu'une intervention étatique ne soit pas considérée comme « aide d'État », au sens communautaire [3]. Et la Commission européenne, en 2005 [4] a apporté des précisions, notamment sur les compensations qui, tout en constituant une aide car elles ne remplissent pas les conditions, peuvent ne pas lui être notifiées. Pour les autres (qui doivent lui être notifiées), elle vérifie la réalité du service d'intérêt général et l'absence de surcompensation.

B. Ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Comme le droit communautaire, l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (Code de commerce, articles L. 410-1 et s.) interdit notamment les ententes entre entreprises et l'exploitation abusive d'une position dominante. Tout en créant le Conseil de la concurrence — « organisme administratif » selon le Conseil

1. D'ici là, sans doute faudra-t-il que se soit imposée une régulation européenne et non plus essentiellement nationale (v. la présentation d'un rapport effectué par un groupe de réflexion présidé par C. Stoffaes, « Vers une régulation européenne des réseaux », *AJDA* 2004.79). À moins que la politique menée, dont l'efficacité et l'opportunité restent très discutées (notamment en matière d'énergie), ne soit remise en cause.
2. CE 8 nov. 1996, *Fédération française des sociétés d'assurance*, *AJDA* 1997.204, chron. D. Chauvaux et Th.-X. Girardot. Annulation d'un décret accordant un avantage fiscal à une caisse d'assurance vieillesse ; avantage que n'avaient pas les concurrents susceptibles de proposer d'autres produits sur le « marché des produits de retraite complémentaire » : la caisse est une entreprise qui se voyait accorder un droit aboutissant à la création d'un abus de position dominante, lequel ne pouvait être justifié par aucune mission particulière.
3. CJCE 24 juill. 2003, *Altmark Trans* (*AJDA* 2003.1739, note S. Rodriguez ; *Actualité des contrats et de la commande publique*, déc. 2003, p. 34, note L. Richer) – dossier *AJDA* 2004.1011 : « Le financement du service public face au droit communautaire ».
4. *AJDA* 2006.476 ; Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, Rapport d'information n° 2619, du 26 octobre 2005, site internet de l'A.N., sur le financement des services d'intérêt général (présenté par B. Derosier et C. Philip).

constitutionnel, agissant dans l'exercice de prérogatives de puissance publique [1]— elle confie à la cour d'appel de Paris (juridiction judiciaire) les recours dirigés contre ses décisions [2]. Et elle précise qu'elle ne s'applique aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services.

S'est posé, par suite, le **problème de l'application de cette ordonnance aux actes administratifs** qui ne sont pas pris directement sur son fondement. *L'inapplication a d'abord prévalu*. En 1993 encore, à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'État juge inopérant le moyen tira de la violation de l'ordonnance de 1986 [3]. Deux arguments pouvaient être avancés : les actes administratifs ne correspondent pas aux activités visées ; ils ne sont pas par eux-mêmes susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché [4]. La fragilité du second de ces arguments et surtout l'application par ailleurs faite du droit communautaire ont conduit à un *revirement de jurisprudence* [5]. Un contrôle donc s'exerce désormais qui doit combiner les exigences du service public avec celles du droit de la concurrence, selon un raisonnement comparable à celui qu'impose la logique du droit communautaire [6].

Il est des cas où l'acte administratif par lui-même ne constitue pas une entente ou un abus de position dominante mais peut avoir pour effet de placer automatiquement un service dans une telle situation [7]. Dans d'autres cas, sont en cause de véritables pratiques d'entreprise [8]. Dissocier alors ce qui relève ou non du juge administratif peut s'avérer délicat et n'ont pas manqué de se poser à nouveau des problèmes de répartition des compétences [9].

---

1. Décision du 23 janvier 1987, citée p. 40.
2. Il existe des exceptions et donc des cas de compétence administrative. Par exemple, en matière de concentration économique où le Conseil de la concurrence n'émet qu'un avis à la demande du ministre de l'Économie qui a compétence pour décider (CE 9 avr. 1999, *Société The Coca-Cola Company*, *RFDA* 1999.777, concl. J.-H. Stahl).
3. CE 23 juill. 1993, *Compagnie générale des eaux*, *R.* 226.
4. Argument emprunté à une décision du Tribunal des conflits (TC 6 juin 1989, *Préfet de la région Ile-de-France*, *RFDA* 1989.457, concl. B. Stirn — affaire *Ville de Pamiers*) qui réaffirmait logiquement la compétence administrative pour les actes non pris directement en vertu de l'ordonnance de 1986, mais qui sur cet aspect de sa motivation a été très critiqué : comment prétendre en effet qu'un acte de dévolution d'un service public de la distribution de l'eau ne peut avoir d'incidence sur le marché ? S'il institue un monopole au bénéfice d'une entreprise particulière, il exclut toute autre entreprise.
5. CE 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, *RFDA* 1997.1228, concl. J.-H. Stahl ; *GAJA* n° 105 (était en cause, avant qu'il ne soit supprimé par une loi de 1993, le monopole des pompes funèbres).
6. V. concl. J.-D. Combrexelle sur CE 17 déc. 1997, *Ordre des avocats à la cour de Paris*, *ADJA* 1998.362 : s'il n'y a pas dans l'ordonnance de 1986 d'équivalent de l'article 86.2, devrait émerger dans les années à venir « un principe prétorien directement inspiré » de celui-ci.
7. Pratiquement, il s'agit de mesures d'organisation du service. V. l'arrêt *Ordre des avocats à la cour de Paris*, cité ci-dessus.
8. CE 26 mars 1999, *Société EDA*, *AJDA* 1999.427, concl. J.-H. Stahl, note M. Bazex (et art. G. Gonzales, p. 387 : « Domaine public et droit de la concurrence »). Décision d'Aéroports de Paris (alors encore établissement public) relative à la gestion du domaine public : n'est pas retenue l'offre de la société déposée dans le cadre de la consultation organisée en vue de la passation de conventions d'occupation du domaine public pour l'exploitation de points de location de voitures.
9. V., fixant la jurisprudence, l'arrêt TC 18 oct. 1999, cité *infra*, p. 656 ; *AJDA* 1999.1029, note M. Bazex (une solution qui « pêche contre l'esprit de la règle de concurrence »), chron. P. Fombeur et M. Guyomar (une « solution équilibrée ») – Une solution que les autorités et juridictions de la concurrence « semblent avoir relativement bien intégré et respecté », constate, 5 ans plus tard, S. Nicinski, ouvrage cité p. 556, note 2 (p. 149).

De plus en plus d'actes sont ainsi contrôlés, y compris en matière de police administrative : « la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'Administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence » [1]. Au fond, les solutions retenues ne bouleversent pas complètement le contentieux administratif. Ce n'est pas d'aujourd'hui que le juge apprécie les effets d'un acte administratif sur le jeu de la concurrence. Il l'a fait tout au long du XXe siècle par le biais du principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui limite les possibilités d'intervention des collectivités, ou par celui du principe d'égalité qui interdit à l'Administration de favoriser un opérateur par rapport à ses concurrents. Néanmoins, la perspective change et il est fait appel à des notions jusque là ignorées en droit administratif (position dominante, abus de position dominante). Toute une jurisprudence est en train de s'élaborer, l'**arrêt *Million et Marais*** n'étant — si l'on en croit le commissaire du gouvernement J.-D. Combrexelle — que « la première marche d'une évolution qui **devrait conduire (le Conseil d'État) à réinventer un nouveau droit du service public conciliant les exigences traditionnelles du service public avec celles du droit de la concurrence** » [2].

La question est complexe et, d'une façon générale, l'impact de la concurrence sur l'activité des collectivités publiques soulève de nombreux problèmes. Le Conseil d'État en a fait l'analyse [3] en examinant les trois situations dans lesquelles les collectivités peuvent se trouver soumises au droit de la concurrence, et dans quelles limites : lorsqu'elles exercent des activités marchandes, ou achètent des biens et services, ou encore lorsqu'elles agissent en tant que puissance publique. En toutes hypothèses, c'est à sa manière qu'il entend appliquer les règles de droit communautaire et de droit privé [4].

Et, à côté du droit de la concurrence, un autre élément vient aussi contribuer à dessiner un nouveau droit des services publics : *l'application du droit de la consommation*. Dans sa jurisprudence le Conseil d'État a considéré que les dispositions du Code de la consommation (concernant les clauses abusives) s'appliquent aux relations entre un SPIC et ses usagers. Ce qui tend à montrer que ceux-ci sont assimilables aux clients du secteur privé [5].

---

1. CE, Avis du contentieux, 22 nov. 2000, *Sté L et P Publicité SARL*, *RFDA* 2001.872, concl. S. Austry.
2. Concl. précitées.
3. Conseil d'État, *Rapport public 2002*, « Collectivités publiques et concurrence », La Documentation française, *EDCE* n° 53.
4. V. S. Nicinski, ouvrage cité p. 556, note 2 (p. 183), qui définit par ailleurs (p. 14) le droit public de la concurrence comme « le droit de l'influence de l'administration sur le jeu de la concurrence et plus particulièrement sur les pratiques anticoncurrentielles », tout en concluant (p. 205) que le *principe de libre concurrence* auquel tend à se référer simplement le Conseil d'État « n'a pas encore livré toutes ses applications avec précision » : « ...dans la mesure où la construction d'une véritable norme de droit public, issue d'un processus de conciliation de règles d'origines privatistes et communautaires avec l'intérêt général irriguant l'action publique, n'a pas encore été réalisée ».
5. CE 11 juill. 2001, *Société des eaux du Nord*, *AJDA* 2001.853 ; V. aussi CE 13 mars 2002 *Union fédérale des consommateurs*, *AJDA* 2002.976, note G. Koubi et G. Guglielmi ; et S. Perdu, « Le juge administratif et la protection des consommateurs », *AJDA* 2004.481.

POUR APPROFONDIR

LA POLICE ADMINISTRATIVE

Malgré son apparente cohérence, la notion de police administrative « apparaît tout entière placée sous le signe de l'ambiguïté et du paradoxe » : tel est le constat fait par Étienne PICARD, ce qui l'a conduit à effectuer une recherche très approfondie sur l'identification de la notion (*La notion de police administrative*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 146, 1984).

En effet, le *mot* police a subi bien des évolutions rendant sa définition incertaine et difficile. Et paradoxalement si la police est présentée comme l'une des *bases* du droit administratif, elle est mal identifiée en tant que catégorie juridique.

Étienne PICARD analyse dans un premier temps (investigation « phénoménologique ») les multiples catégories techniques qui constituent la réalité de la police administrative. Il relève que « la police a bien des critères mais pas un critère ; il y a bien des notions mais pas une notion de police administrative ». Dans un second temps (recherche « ontologique ») il analyse ce qui, sous la diversité des catégories, fait la consistance de la notion en dégageant ses limites. L'approche historique et juridique de l'institution étatique permet d'apercevoir une spécificité générale du régime de la police administrative, conçue comme *une fonction de nécessité* (la nécessaire protection de l'ordre institutionnel libéral). La police, en tant que fonction de nécessité, est à la fois destructrice du droit (multiples exceptions aux règles sur un fondement factuel et axiologique) et créatrice de droit car de nombreux principes juridiques ont trouvé leur origine dans l'exercice de la police. « Le principe de légalité ou tout ce qu'il postule de nos jours ne se comprend donc qu'en y intégrant toutes les exceptions qu'ont subies ses implications formelles », dans ce domaine (t. 2, p. 880).

Du même auteur, voir « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA* 20 juin 1996, n° spécial *Droit administratif et droit communautaire*, p. 55.

LES SERVICES PUBLICS

Les axes de recherche sont nombreux car, aux interrogations qu'ont toujours soulevé et soulèvent encore les notions fondamentales d'intérêt général et de service public, s'ajoutent celles qui résultent plus précisément du développement du droit communautaire. Pour quoi, pour qui, comment aujourd'hui des services publics ?

La notion d'intérêt général

Une discussion idéologique détaillée figure dans le *Traité de science administrative*, LGDJ, 1978, de Jacques CHEVALLIER et Danièle LOSCHAK (n°s 389 à 396). La critique est sévère puisque, selon ces juristes, « la notion d'intérêt général est le type même d'une *notion-écran* dont l'efficacité idéologique n'a d'égale que son imprécision conceptuelle ». Elle se prolonge au-delà de l'analyse marxiste brièvement rappelée (p. 361) et elle repose au fond sur la conviction que l'intérêt général est seulement le moyen d'occulter l'oppression exercée par l'État sur la société.

Voir aussi, *supra*, dossier 1 et l'introduction de ce dossier 11.

Plus proches des techniques juridiques, les analyses de Didier TRUCHET, *Les Fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ

(« Bibl. de droit public », t. 125, 1977), n'en présentent pas moins le plus vif intérêt, car, comme le souligne le préfacier, Jean BOULOUIS, « *l'intérêt général est, en tant que notion, doté d'une existence qu'il ne doit pas seulement au discours politique mais qu'il tient directement du droit positif* ».

Dans ce droit positif, une source autrefois plus ou moins ignorée retient l'attention (alors même que l'expression d'intérêt général ne figure pas dans les textes constitutionnels) : Jean-Éric SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », dans Conseil d'État, Rapport public 1999 (L'intérêt général), La Documentation française, *EDCE* n° 50, p. 375 ; Guillaume MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 121, 2004. Et, parmi les facteurs susceptibles de conduire à un profond renouvellement du contenu de la notion même d'intérêt général, l'accent est de plus en plus mis, quoique l'on en pense, sur le droit de la concurrence. Comment et dans quelle mesure la concurrence ou la protection du marché (« les préoccupations concurrentielles ») deviennent-elles des missions d'intérêt général ? Comment ont-elles d'ores et déjà intégré la notion d'intérêt général ? Eléments de réponse dans : Guylain CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 51, 2006.

La notion de service public

De son apothéose à son apparent déclin dans la théorie juridique, la notion de service public a fait l'objet d'une multitude d'ouvrages et articles.

L'apport de Léon DUGUIT a été notamment étudié par Évelyne PISIER-KOUCHNER : *Le Service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, LGDJ (« Bibl. de philosophie du droit », t. 15), 1972. Jean RIVERO montre l'importance de l'œuvre de Maurice HAURIOU, quant au rôle majeur acquis au début du siècle par la notion de service public, dans « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », *L'évolution du droit public, Études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 461. En dépit de sa richesse, la notion n'a souvent reçu, tout au long du XXe siècle, que des définitions approximatives ou fragmentaires, et l'évolution des faits et de la jurisprudence a accentué son incertitude et conduit à parler d'une crise. La définition organique a vite volé en éclats, et le rôle de la notion comme critère du droit administratif a été pour le moins discuté. Toutes ces données ont été présentées par Jean-Louis de CORAIL dans *La Crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954. Crise passagère ou irrémédiable déclin ? La notion a eu ses défenseurs tel Roger LATOURNERIE, dont il faut lire la remarquable plaidoirie : « Sur un lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? ou Jouvence ? », *EDCE*, 1960, p. 61. N'était-elle pas malgré tout, comme fondement du droit administratif et de la compétence du juge administratif, reléguée au second plan par la notion de puissance publique ? La controverse, dans les années 1960, était aiguë. Aux propositions de René CHAPUS pour remédier aux incertitudes (« Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968.235) répond alors Paul AMSELEK (« Le service public et la puissance publique — Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968.492).

Quoi qu'il en soit, l'impact de la notion de service public et la résonance que reçoit, dans le débat idéologique, sa crise même, ont conduit à s'interroger sur la véritable fonction d'une telle notion. Lucien NIZARD (tout comme Jacques CHEVALLIER, vingt ans après, « Regards sur une évolution », *AJDA*, 20 juin 1997, n° spécial *Le service public. Unité et diversité*, p. 8) essaie de démontrer que la référence au service public assume une « importante fonction symbolique », et que « le service public, loin de compromettre la puissance étatique, lui fournit une légitimité nouvelle en instrumentalisant les prérogatives administratives » (« À propos de la notion de service public : Mythes étatiques et représentations sociales », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 91).

Le service public est-il ainsi un mythe porteur de légitimité ou n'est-il plus modestement qu'un label marqué par les obligations plus que par les prérogatives ? Voir à ce sujet : Didier TRUCHET, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard, label de service public et statut de

service public », *AJDA* 1982.427 ; Serge REGOURD, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », *RDP* 1987.5 ; et, plus généralement, dès lors que les questions restent ouvertes – outre les manuels de droit du (ou des) service(s) public(s) : Jacques CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, Que sais-je ?, 6e éd. 2005.

Service public et droit communautaire

1. Jamais sans doute le service public n'a-t-il été autant étudié et défendu que depuis qu'il est apparu menacé, dans les années 1990, notamment du fait du développement du droit communautaire. Aux analyses déjà citées dans ce dossier, on peut ajouter : Nicole BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA* 1994.270 ; « Service public, services publics : déclin ou renouveau », étude du Conseil d'État, Rapport public 1994, *EDCE* nº 46, La Documentation française, 1995 ; « Le service public et la construction communautaire » : divers articles dans *RFDA* 1995 ; 291 et s. et 449 et s. ; Jean-Michel BELORGEY, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 20 juin 1996 numéro spécial *Droit administratif et droit communautaire*, p. 35 ; Antoine LYON-CAEN, « Les services publics et l'Europe : quelle union ? », *AJDA*, 20 juin 1997 numéro spécial *Le service public. Unité et diversité*, p. 33 ; Robert KOVAR et Denys SIMON (dir.) *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché* (2 volumes), travaux de la CEDECE, La Documentation française, 1998 ; M. LONG, « Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire », *RFDA* 2001.1161 ; Y. GAUDEMET, « Le service public à l'épreuve de l'Europe », *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 473 ; Gilles SAVARY, *L'Europe va-t-elle démanteler les services publics ?*, éd. L'Aube, 2005.

2. Toutes ces études font ressortir que la question du droit communautaire n'est pas seulement celle de son face à face avec le droit français ! Comme pour d'autres dossiers, une **approche comparative** est nécessaire. Elle l'est d'autant plus ici que la notion de service public fait souvent figure de curiosité, même si la plupart des pays ont élaboré des concepts et des instruments qui recouvrent en partie ce qui est mis en France derrière ce terme. Voir, par exemple : *AJDA* 20 juin 1997, nº spécial *Le service public. Unité et diversité,* diverses contributions concernant les expériences britannique, espagnole, italienne, allemande, américaine ; Claude QUIN et Claude JEANNOT (dir.), *Un service public pour les européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, La Documentation française, 1997 ; Franck MODERNE et Gérard MARCOU (dir.), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2003 ; Anne-Élisabeth VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 40, 2004 ; Cécile ISIDORO, *L'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 242, 2006.

3. Parmi les problèmes posés, outre celui de la **régulation** (supra, p. 220), mérite de retenir l'attention la question du **régime de la propriété.** Même si le droit communautaire « ne préjuge en rien » de ce régime (article 295 du Traité instituant la Communauté européenne), s'impose peu à peu une logique qui ne peut que conduire à s'interroger sur les avantages et inconvénients d'une propriété publique, notamment en ce qui concerne les services publics en réseau. En témoignent, la transformation de France Télécom en société, puis sa privatisation, de même que l'abandon du statut d'EPIC pour EDF, GDF, Aéroports de Paris...

4. En tout état de cause, « les leçons du passé (...) peuvent et doivent servir de repères » dans toute discussion concernant l'avenir des services publics. M. BORGETTO, R. LAFORE, *La République sociale*, PUF, 2000, p. 360, concluent en ces termes qui, par-delà l'action sociale proprement dite, incitent à s'interroger sur la « **portée intégratrice » des services publics :**

En partant du plus large, il faut redire, ainsi que les hommes du XVIII[e] siècle en eurent très tôt l'intuition et, à leur suite, la plupart des grands républicains qui leur ont succédé, que la dimension sociale de la construction démocratique est un élément fondamental de l'équilibre de l'ensemble : ces sociétés d'individus, qui tentent de s'organiser après avoir écarté tout fondement normatif qui leur est extérieur, se voient condamnées, de ce fait même, à reconstruire constamment les conditions de l'appartenance des citoyens et de la cohésion collective. Cet élément qui, en France, se situe au cœur de la construction républicaine, est présent aussi dans la plupart des autres régimes démocratiques, même si les modalités en sont très variables. Ce qui revient à dire que la société démocratique ne peut s'établir uniquement sur une forme de gouvernement et sur une règle relative à l'accès et à l'exercice du pouvoir ; elle doit s'appuyer sur des mécanismes d'intégration capables de faire équilibre en permanence aux logiques d'éclatement et de différenciation qui lui sont inhérentes. Et c'est là, bien évidemment, que la portée intégratrice des politiques de redistribution et de protection se révèle décisive. Toutes les logiques d'affaiblissement massif et de mise à l'écart de l'action sociale, qui ont certes toujours été présentes mais qui reprennent de la vigueur en ces temps de difficultés et d'interrogations, doivent être combattues, notamment lorsqu'elles ne sont que la reprise, bien qu'habillées de neuf, de la constante tendance de l'économie à imposer sans compromis son ordre et ses impératifs dans tous les secteurs de la vie collective ».

Dossier 12

La responsabilité publique

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Chapitre 1. Les faits générateurs de la responsabilité
Chapitre 2. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité

Lorsque l'Administration, dans l'exercice de ses activités, cause un **dommage** et fait subir un préjudice, la **victime** peut-elle lui demander **réparation** comme elle le ferait à l'égard d'un particulier ? L'idée même d'un dédommagement par la *puissance publique* a mis longtemps à s'imposer. La fréquence — et l'on pourrait dire la *banalisation* — de la responsabilité des personnes publiques à l'époque actuelle sont le fruit d'une transformation totale, en l'espace d'un siècle, des principes et des règles en la matière. Le rôle du Conseil d'État dans leur élaboration et leur évolution a été, et reste, essentiel : le régime juridique de la responsabilité publique est principalement constitué par les règles jurisprudentielles dégagées par le juge administratif. Toutefois, le contentieux relatif à la réparation de préjudices nés d'activités administratives n'en relève pas toujours. Pour des raisons diverses, existent d'assez nombreux **cas de compétence judiciaire**. Par ailleurs, il est à noter que, face à des préjudices pour lesquels aucune responsabilité ne peut être mise en cause, le législateur a de plus en plus tendance à intervenir, notamment en créant des fonds d'indemnisation. « On assiste à une **« socialisation des risques »** accrue, par le recours à une solidarité élargie » [1].

a) Dans une continuité remarquable entre l'Ancien Régime, la Révolution et une grande partie du XIXe siècle, la supériorité de l'État et la spécificité de ses missions, fondées sur l'intérêt général, avaient justifié une **irresponsabilité** quasi totale : les préjudices éventuels causés par l'État étaient en quelque sorte des « *risques à courir* » par les citoyens. De plus, cette même spécificité des missions de l'État rendait difficile la transposition du droit civil, c'est-à-dire des articles 1382 et suivants du Code civil.

Aussi, à partir du moment où le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique s'atténue, un autre principe s'impose : celui de l'application de *règles spéciales* (dérogations au droit privé). Tel est l'apport du célèbre **arrêt *Blanco* de 1873** du Tribunal des conflits [2] qui amorce une ample évolution. Celle-ci va de pair avec le développement du *principe de juridicité* (soumission de l'Administration au droit) : une irrégularité appelle

---

1. Conseil d'État, « Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation des risques », *EDCE* no 56, La Documentation française, 4e de couverture.
2. TC 8 févr. 1873, *Blanco*, *R.*, 1er suppl., 61, concl. E.-M. David, *GAJA* no 1 (« Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni

une sanction, et, s'il y a dommage, une réparation. En outre, la référence au *principe d'égalité* ouvre un champ d'application large à la responsabilité. En premier lieu, un dommage causé par l'Administration doit en principe être réparé pour rétablir l'égalité des citoyens devant les charges publiques. La notion de faute proprement dite est alors dépassée ; la responsabilité peut se trouver engagée par une action pleinement régulière mais génératrice d'une grave inégalité. En second lieu, ce principe d'égalité justifie le développement de la responsabilité personnelle des agents publics : tout auteur d'une faute doit la réparer, les agents publics comme les autres.

Depuis le début du XXe siècle, la responsabilité publique a connu une très forte extension. Aujourd'hui, toutes les personnes publiques et toutes leurs activités sont touchées, de façon plus ou moins étendue. Un bon exemple de cette évolution est donné par les *services de police.* Alors que la responsabilité des autorités administratives en la matière peut paraître normale, il a fallu une jurisprudence du Conseil d'État très novatrice et audacieuse au début du XXe siècle [1], pour admettre que soit mise en cause cette manifestation par excellence de la puissance publique. En ce qui concerne les *lois* et *conventions internationales*, l'application du principe d'égalité devant les charges publiques a également permis d'engager la responsabilité de la puissance publique [2].

Le principe d'une responsabilité **générale** semble donc s'être imposé, infirmant en cela la formule célèbre de l'arrêt *Blanco*. Toutefois, conformément au texte de cette décision de justice, la responsabilité de la puissance publique n'est **pas absolue**. En effet, les données de la responsabilité forment un ensemble très complexe et le juge administratif a joué, et joue toujours, un grand rôle dans l'élaboration d'un compromis entre des exigences diverses : les impératifs de l'intérêt général, à quoi il faut ajouter les difficultés que présentent l'exécution de certains services publics, la protection des deniers publics, les conséquences du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques, la protection nécessaire des agents publics en raison de la spécificité de leurs fonctions, mais en même temps la prise en compte de leur responsabilité propre, identique à celle de tous les citoyens. À ces dernières préoccupations, relatives aux agents publics, s'est ajouté un autre objectif : celui de permettre à la victime d'un dommage de trouver un débiteur solvable. L'Administration l'étant *a priori*, ce qui n'est pas toujours le cas de l'agent public, le juge a procédé à un aménagement des rapports entre l'Administration, ses agents et la victime. Cet aménagement, favorable à la victime, constitue une autre sorte de compromis, juridiquement assez complexe lui aussi.

b) À ces difficultés de conjugaison des principes de base de la responsabilité s'ajoutent celles qui proviennent du dualisme juridictionnel. En effet, le **juge judiciaire** intervient depuis longtemps en matière de responsabilité de l'Administration, ce qui pose de façon récurrente le problème des critères de répartition des compétences et celui du droit applicable.

---

absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés »). L'État est ici encore seul visé mais l'unification du contentieux des collectivités publiques a été opérée dès le début du XXe siècle : CE 6 févr. 1903, *Terrier* (pour le contentieux contractuel des collectivités locales ; TC 29 févr. 1908, *Feutry*, *R.* 208 (pour le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle).

1. CE 10 févr. 1905, *Tomaso-Grecco* ; *infra*, p. 574.
2. *Infra*, p. 590.

– D'une manière générale, en même temps que l'existence de *services publics industriels et commerciaux,* a été admise une compétence judiciaire pour le contentieux de leur responsabilité. Ainsi, le célèbre arrêt du « bac d'Eloka », décide qu'en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, *il revient à l'autorité judiciaire de connaître de la responsabilité d'un service exploité dans les mêmes conditions que les activités des particuliers* [1]. Le grand développement, depuis la Deuxième Guerre mondiale surtout, des activités industrielles et commerciales aboutit à confier une part très large du contentieux d'activités relevant de l'Administration aux tribunaux judiciaires.

De même relève, en principe, de la compétence judiciaire la responsabilité des *organismes privés* gérant un service public à caractère administratif ou chargés d'une mission d'intérêt général. Toutefois, la situation est complexe car le juge administratif est compétent pour statuer sur la responsabilité de ces organismes lorsque les dommages causés sont liés à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique [2].

– La *gestion du domaine privé* des personnes publiques relève elle aussi de la compétence judiciaire (leur responsabilité est semblable à celle d'un propriétaire privé).

– C'est encore le cas des dommages résultant d'une *voie de fait* ou d'une *emprise irrégulière.*

– Et c'est toujours devant le juge judiciaire que la *responsabilité personnelle des agents de l'Administration* peut être engagée : pour leurs fautes propres, détachables du fonctionnement du service, ils sont responsables selon le droit commun de la responsabilité *civile* mais aussi *pénale*, laquelle est de plus en plus souvent mise en cause sur le fondement de la négligence et de l'imprudence [3].

– Différents autres cas de compétence judiciaire résultent de lois ayant institué des régimes de responsabilité pour faute, dérogatoires aux règles générales [4].

c) Le recours aux **fonds d'indemnisation** est d'une toute autre nature. Il permet de « *séparer la question de la responsabilité de celle de la réparation*, celle-ci pouvant intervenir alors même qu'aucune responsabilité n'est susceptible d'être mise en cause ou que la détermination de la responsabilité est *a priori* délicate. Il y a déconnection entre l'auteur du dommage et le débiteur de l'indemnisation ; une fois celle-ci réalisée, le fonds, sauf exception subrogé dans les droits de la victime, dispose d'une action récursoire à l'encontre du ou des responsables ». L'objectif est d'« *accorder une indemnisation prioritaire aux victimes* » [5]. Ainsi, une loi du 3 janvier 1977, modifiée notamment par une loi du 6 juillet 1990 et une loi du 15 juin 2000, garantit une indemnisation, dans des conditions précises, aux victimes de dommages corporels résultant d'une **infraction pénale.** L'indemnité est versée, depuis 1990, non plus par l'État mais par le fonds de

---

1. TC 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest-africain (Bac d'Éloka)*, *supra*, p. 531. V. également TC 11 juill. 1933, *Dame Mélinette*, *R.* 1237 ; et comparer avec TC 27 nov. 1933, *Verbanck*, *R.* 1248.
2. V., par ex., TC 25 janv. 1982, *Mme Cailloux c/Comité national pour la sécurité des usagers (CONSUEL)*, *RDP* 1983.819, note J. de Soto.
3. V. *infra, Pour approfondir*.
4. V. *infra*, p. 581, les lois du 5 avril 1937 (accidents dans les établissements scolaires) et du 31 décembre 1957 (dommages causés par un véhicule).
5. Rapport précité du Conseil d'État, p. 246.

garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions. Elle est attribuée, sur demande des victimes, par des commissions instituées auprès des tribunaux de grande instance. Et le cas des victimes d'actes de **terrorisme** a fait l'objet d'une loi du 9 septembre 1986 et d'un décret du 15 octobre 1986. Ces textes ont aménagé un régime spécifique avec la mise en place d'un organisme chargé de l'indemnisation : un fonds de garantie que les victimes doivent saisir et qui est devenu en 1990 le « *fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions* » (financé par des prélèvements sur les contrats d'assurance de biens et subrogé dans les droits des victimes contre les auteurs du dommage) [1].

De même, une loi du 31 décembre 1991, a organisé un régime d'indemnisation des victimes contaminées, du fait de produits sanguins, par le virus du **sida**. Elle a créé à son tour un fonds d'indemnisation. Doté lui aussi de la personnalité civile, il indemnisait et était subrogé dans les droits que possédaient les victimes — ce qui devait lui permettre éventuellement, à la place de ces victimes, d'engager une action contre la personne responsable du dommage si celui-ci, précisait la loi, était imputable à une faute. En 2004, ce fonds a été supprimé et la charge de l'indemnisation a été transférée à l'*ONIAM* [2].

Enfin, la gravité de maladies dues à l'**amiante** a conduit le législateur à organiser encore un autre régime d'indemnisation : la loi du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale (art. 53) institue un *fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA)*. Celui-ci est un établissement public national (dont l'organisation et le fonctionnement ont été fixés par un décret du 22 octobre 2001) [3].

« La tendance générale est à l'extension de la couverture des risques et au recours... à des mécanismes hybrides mêlant, à des degrés divers, assurance, responsabilité, solidarité », observe le Conseil d'État. Ce qu'il résume par l'expression **« socialisation du risque »**, tout en reconnaissant que celle-ci n'est pas dépourvue d'équivoque [4]. Quoi qu'il en soit, la principale limite est financière, tant il est vrai que le coût supporté par la collectivité n'est pas extensible à l'infini [5]. Reste alors à s'interroger sur les moyens d'éviter des désastres collectifs, souvent révélateurs d'une certaine « impuissance publi-

---

1. Noter que, si ce fonds indemnise désormais aussi bien les victimes d'actes de terrorisme que celles d'autres infractions pénales, il n'y a pas eu en 1990 unification totale des deux régimes d'indemnisation : dans un cas, la procédure d'évaluation du préjudice relève directement du fonds, non dans l'autre où intervient une commission. V. T. S. Renoux et A. Roux, « Responsabilité de l'État et droits des victimes d'actes de terrorisme », *AJDA* 1993.75 ; P. Melin, « La commission d'indemnisation des victimes d'infraction et l'appel. Perspectives d'évolution », *JCP* 1999.I, n° 127.
2. Loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique (*JO* 11 août 2004, art. 115, nouv. art. L.1142-22 du Code de la santé publique). Le même article confie aussi à l'ONIAM la mission d'indemniser les victimes de **vaccinations obligatoires** (pour lesquelles une loi de 1964 a établi une responsabilité sans faute de l'État) – Sur l'ONIAM, *infra*, p. 579.
3. V. Chr. Guettier, « L'État face aux contaminations liées à l'amiante », *AJDA* 2001.529 ; et *infra*, p. 573, note 4.
4. Rapport précité, p. 1 (« Ce n'est pas vraiment le risque qui est socialisé, ce sont ses conséquences dommageables et leur indemnisation. Le terme « risque » n'est pas non plus nécessairement le plus apte à décrire, en toute rigueur, des aléas, des dangers ou des menaces ne se prêtant pas à une évaluation *a priori* »).
5. Outre le rapport du Conseil d'État (qui répertorie l'ensemble des fonds d'indemnisation), v. le dossier « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA* 2005.2211.

que », et toujours difficiles à appréhender (« vaches folles », « hormones de croissance » et autres « maïs transgéniques » contribuant à dramatiser un débat difficile mais décisif) [1].

Pour importantes qu'elles soient, les démarches nouvelles en matière d'indemnisation n'en laissent pas moins un champ très large aux régimes de la responsabilité publique. Celle-ci a connu un net renforcement avec de notables modifications et innovations touchant, d'une part, le contenu et la portée de la notion de **fait générateur** d'une responsabilité publique (Chapitre 1), et, d'autre part, les **conditions de mise en œuvre** de cette responsabilité (Chapitre 2) [2].

---

1. V. *infra, Pour approfondir*, sur le principe de précaution.
2. V. par exemple : M. Rougevin-Baville, *La responsabilité administrative*, Hachette Supérieur, « Les Fondamentaux », 1992 ; Documents d'études (réunis et commentés par D. Pouyaud), *La responsabilité administrative*, La Documentation française, 2004 ; D. de Béchillon (dir.), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Encyclopédie juridique Dalloz. Et, pour mieux comprendre l'économie générale de l'ensemble, M. Deguergue : *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 171, 1993 ; « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial, *Le droit administratif*, p. 211.

Chapitre 1

Les faits générateurs de la responsabilité

La théorie générale de la responsabilité publique, qui provient essentiellement de la jurisprudence du Conseil d'État, forme un ensemble complexe. Partant d'une irresponsabilité quasi totale (excepté le cas des travaux publics [1]), il a fallu déterminer quel genre de fait pouvait être considéré comme dommageable, concilier les divers intérêts en jeu, et aménager les rapports entre l'Administration et ses agents. Deux grandes difficultés se sont posées pour l'aménagement d'un régime de responsabilité. La première concerne la *distinction entre la responsabilité des personnes morales et celle des personnes physiques qui agissent en leur nom :* lorsqu'il y a un dommage causé par un agent, comment déterminer si ce dommage est lié à l'exercice des fonctions, et engage donc la responsabilité de l'Administration, ou bien s'il provient d'un agissement tout à fait personnel de l'agent, entraînant sa responsabilité individuelle ? La deuxième difficulté est relative au déclenchement de la responsabilité de l'Administration : doit-on s'en tenir à la *réparation des fautes* (et, dans ce cas, quelle gravité est exigée pour qu'il y ait indemnisation ?) ou bien faut-il admettre une *responsabilité sans faute ?* La responsabilité pour faute reste l'hypothèse la plus fréquente mais la responsabilité sans faute a connu, particulièrement ces dernières années, un développement important.

La jurisprudence a déterminé les *critères de la faute de service et de la faute personnelle* (Section 1). Elle a posé les *règles relatives au cumul des fautes et au rapport entre la responsabilité de l'Administration et celle de ses agents* (Section 2). Elle a enfin fait une place aux suites dommageables d'une action régulière (donc non fautive) de la puissance publique, c'est-à-dire à la *responsabilité sans faute* (Section 3).

Section 1
Définition des fautes

À l'*irresponsabilité de l'Administration* s'ajoutait, à l'origine, une *irresponsabilité des fonctionnaires.* L'article 75 de la Constitution de l'an VIII exigeait une autorisation,

---

1. Cette exception résultait de la loi du 28 pluviôse an VIII, laquelle a permis de saisir les conseils de préfecture (devenus les tribunaux administratifs en 1953) de litiges intéressant des dommages de travaux publics. Une interprétation extensive de ce texte a conduit à accepter largement les contestations sur des dommages se rattachant non seulement à la construction mais aussi au fonctionnement des ouvrages publics. V. *infra*, p. 585.

rarement accordée, du Conseil d'État, pour attaquer le fonctionnaire auteur d'un dommage. Mais en 1870, un décret-loi a abrogé cette disposition [1]. Le Tribunal des conflits, dans l'**arrêt *Pelletier* de 1873** [2], a d'abord estimé que « le décret rendu par le gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation, avec toutes ses conséquences légales, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence ; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs ». En d'autres termes, le Tribunal des conflits a limité la portée de la suppression de la garantie dont bénéficiaient les fonctionnaires : les dispositions adoptées en 1870 laissent intact le *dualisme juridictionnel* en la matière. Le problème posé étant alors celui de la répartition des compétences entre l'autorité judiciaire et les juridictions administratives, l'arrêt Pelletier a décidé que *la compétence est judiciaire lorsque la réclamation concerne le fait personnel d'un agent ; en revanche, lorsqu'un acte administratif est en cause, la compétence du juge administratif s'impose*. Mais, au-delà de cette apparente clarté de la distinction, se pose le difficile problème de l'identification précise des faits générateurs du dommage et de leur qualification : faute de service (§ 1) ou faute personnelle (§ 2).

§ 1. La faute de l'Administration

Dans des conclusions célèbres de 1877, le Commissaire du gouvernement Laferrière [3] opposait à la **faute personnelle** révélant *« l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences »,* la **faute de service** qui existe « si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un *administrateur plus ou moins sujet à erreur* » [4]. Il apparaissait ainsi que la faute de service, engageant la responsabilité publique, peut être commise, soit de façon anonyme, soit par un ou plusieurs agents identifiés. Les cas de figure sont multiples (A). De surcroît, diverses considérations ont conduit à nuancer le régime des suites des fautes de l'Administration (B) : dans certains cas, l'Administration a été responsable pour faute simple (faute légère), dans d'autres uniquement pour faute lourde.

---

1. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII était resté en vigueur après l'abrogation de celle-ci. V. J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel,* Domat-Montchrestien, 1977, p. 293 : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII disposait que les agents du gouvernement ne pourraient être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'avec l'autorisation du Conseil d'État. Prescription de droit administratif, qui n'était nullement liée au système constitutionnel de l'an VIII, qui d'ailleurs avait déjà figuré dans la législation révolutionnaire à titre de loi ordinaire. Aussi, après que la chute de l'Empire eut entraîné l'abrogation de la Constitution de l'an VIII, a-t-il été reconnu que la disposition de l'article 75, « exclusivement relative à l'ordre administratif et qui ne se réfère nullement à l'ordre politique » continuait d'être en vigueur (Cass. 30 nov. 1821, *S.,* VI, p. 527). L'article 75 a ainsi subsisté à titre de loi ordinaire sous tous les régimes, jusqu'à son abrogation formelle par le décret du gouvernement de la Défense nationale du 19 septembre 1870 ».

2. TC 30 juill. 1873, *Pelletier, R.*, 1er suppl., p. 117 concl. E.-M. David ; *GAJA* nº 2.

3. TC 5 mai 1877, *Laumonnier-Carriol*, *R.* 437, concl. É. Laferrière.

4. Dans l'affaire *Pelletier*, le Tribunal des conflits avait estimé que la saisie d'un journal était, dans l'espèce, un « acte de haute police administrative » et que le requérant n'imputait aux défendeurs « aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière ».

A. Les faits constitutifs des fautes de service

La **faute de service** commise par un ou plusieurs agents, bien individualisés, ne se détache pas de l'*exercice des fonctions.* La responsabilité n'incombe pas à l'agent mais à l'Administration et le contentieux est donc exclusivement administratif. Les exemples de ces fautes sont nombreux : opérations matérielles diverses, violation d'un texte, erreur manifeste d'appréciation, retrait irrégulier d'une décision ayant créé des droits, refus de prendre une mesure nécessaire [1], négligence dans l'exercice d'un pouvoir. Une irrégularité peut donc entraîner une double sanction juridictionnelle : non seulement l'annulation de la décision mais aussi l'engagement de la responsabilité [2].

La faute de service *anonyme,* parfois appelée **faute du service,** peut être plus difficile à appréhender et à prouver. C'est une faute collective d'un service mal organisé ou mal géré. Les dommages peuvent provenir :

– d'un *mauvais fonctionnement* ou d'une mauvaise organisation : négligences, erreurs, pertes de dossiers, exécutions matérielles irrégulières (en violation des règles d'exécution des décisions administratives) ;

– d'un *fonctionnement tardif :* retard abusif, par exemple, dans la réparation d'édifices, ou encore dans l'élaboration des règlements d'application des lois [3] ;

– d'une *absence de fonctionnement :* inertie administrative, cas d'un service n'effectuant pas une action qui lui incombe (il peut y avoir négligence ou refus), et plus généralement ce que le juge appelle une carence de l'administration [4].

B. Les degrés dans les fautes de l'Administration

En raison des circonstances ou des difficultés présentées par certaines activités, le juge administratif avait établi une triple distinction dans l'importance des fautes exigées pour qu'il y ait réparation d'un dommage : *faute simple, faute lourde, faute d'une exception-*

---

1. Pour le cas de la faute d'un maire, entraînant la responsabilité de la commune, en raison de l'absence de mesures nécessaires de police : CE 13 mai 1983, *Lefèbvre*, *AJDA* 1983.476, concl. M. Boyon.
2. Une irrégularité peut ne pas déboucher sur une indemnisation. V. CE 19 juin 1981, *Carliez*, *AJDA* 1982.103, concl. B. Genevois : le Conseil d'État a considéré que l'irrégularité d'une décision ne pouvait donner lieu à indemnisation pour préjudice dans la mesure où la décision était justifiée au fond (mais prise selon une procédure irrégulière).
3. V. les développements sur les délais, et notamment sur la notion de « délai raisonnable », dossier 10 (Les actes administratifs unilatéraux), p. 468. V. aussi, dans le même sens, la jurisprudence sur la *durée anormale* d'une procédure devant le juge administratif, *infra*, p. 576.
4. Par exemple, le fait pour l'Administration de n'avoir pris aucune mesure pour assurer la continuité du service public en cas de grève des agents publics peut être considéré comme une carence constitutive d'une faute : CE 6 nov. 1985, *Société Condor-Flugdiens*, *AJDA* 1986.84. De même, il y a eu « carence fautive de l'administration [...] de nature à engager la responsabilité de l'État », dans l'exercice des pouvoirs de police sanitaire pour enrayer la contamination par le virus du sida, du fait du retard à interdire l'utilisation des produits sanguins non chauffés : CE 9 avr. 1993, *M.G.*, *AJDA* 1993.381, chron. Maugüe et Touvet, p. 344. — Affaire dans laquelle a aussi été mise en cause la responsabilité pénale d'un ancien Premier ministre et de deux anciens ministres (*infra*, *Pour approfondir*). La carence de l'État, particulièrement grave face à des risques notoires pour la santé publique, est de plus en plus sanctionnée par le juge : tel est le cas notamment pour les problèmes dûs à l'amiante (CE 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/Consorts Botella* — 1re espèce — et *c/Consorts Thomas* — 2e espèce, *AJDA* 2004.974, chron. F. Donnat et D. Casas), et concernant la pollution de l'eau par des installations classées (TA Rennes, 2 mai 2001, *Sté Suez-Lyonnaise des eaux*, *AJDA* 2001.593, concl. J.-F. Coënt).

nelle gravité. Ce troisième degré ayant été abandonné, seule subsiste la distinction entre **faute simple** et **faute lourde.**

Pour mettre en œuvre cette distinction, les *circonstances* de temps et de lieu jouent toujours un rôle important. Les troubles graves (guerre, épidémies, calamités publiques...) influent sur l'étendue de la responsabilité en cas de dommage : celle-ci peut n'être engagée qu'en cas de faute lourde alors qu'une faute simple suffirait en temps normal. La considération essentielle est, pourtant, la *nature des activités* dommageables. Il y a longtemps que la plupart d'entre elles entraînent la responsabilité de l'Administration pour faute simple. Mais, pour certaines, à cause de leur difficulté, le juge a pu n'admettre le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts que dans l'hypothèse d'une faute lourde.

L'exigence d'une faute lourde a d'abord été favorable aux administrés. Elle a permis sans doute de supprimer plus facilement les régimes d'irresponsabilité dont jouissait la puissance publique dans certains domaines. Ainsi, en matière de police : l'arrêt *Tomaso Grecco* de 1905 [1] n'invoque plus le principe de l'irresponsabilité de l'État mais il est suivi d'une jurisprudence précisant qu'en principe seule une faute lourde peut engager la responsabilité de la puissance publique, faute donc d'une particulière gravité. Était prise en compte la difficulté des tâches à accomplir et la nécessité de ne pas « paralyser » les services. Avec le développement de la responsabilité administrative, toutefois, l'exigence d'une faute lourde est souvent devenue difficile à justifier [2]. Perçue comme exagérément favorable à l'Administration, elle a fait l'objet de multiples critiques que le juge ne pouvait ignorer. De fait, depuis les années 1990, la jurisprudence montre une *nette réduction du champ de la faute lourde*. Cependant, si on a pu croire que cette évolution tendait à son abandon, tel n'est pas le cas. Il en résulte une situation complexe, le partage entre le régime de la faute lourde et celui de la faute simple étant extrêmement nuancé. De surcroît, le critère de la difficulté des activités, pour l'application de la faute lourde, ne semble plus totalement pertinent.

À cet égard, une illustration significative est celle des **activités de secours et de sauvetage** : l'arrêt *Theux* de 1997 rendu en matière de transport médical d'urgence et l'arrêt *Améon* de 1998 concernant une opération de sauvetage en mer ont clairement marqué la volonté du Conseil d'État de se placer sur le seul terrain de la faute simple. Un arrêt *Commune de Hannapes* a aussitôt adopté la même solution pour les services de secours et de lutte contre l'incendie [3], or ces activités sont à l'évidence difficiles.

---

1. CE 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, *R.* 139, concl. J. Romieu ; *S.* 1905.3.113, note M. Hauriou ; *GAJA* n° 15.
2. V., malgré tout, G. Chevrier, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », *AJDA* 2003.1026.
3. CE 20 juin 1997, *Theux*, *RFDA* 1998.82, concl. J.-H. Stahl ; CE 13 mars 1998, *Améon et autres*, *AJDA* 1998.461 ; CE 29 avr. 1998, *Commune de Hannapes*, *RDP* 1998.1000, note X. Prétot (et comme exemple de la jurisprudence antérieure : CE 18 nov. 1994, *Sauvi*, *AJDA* 1995.523). V. aussi, pour un point de vue critique sur cette jurisprudence : G. Lebreton, « La fausse disparition de la faute lourde », *D.* 1998. J. 535. Il rappelle opportunément qu'il ne suffit pas de renoncer à l'exigence d'une faute lourde pour changer véritablement au fond la pratique jurisprudentielle. Le changement peut n'être que rhétorique si, à l'exigence d'une faute lourde, fait place celle d'une faute qualifiée de simple (mais difficilement admise).

Une même évolution s'est produite avec l'**administration pénitentiaire** : l'arrêt *Chabba* admet sa responsabilité du fait du suicide d'un détenu sans qu'il ne soit plus nécessaire de démontrer l'existence d'une faute lourde [1]

En matière de **police** [2], une faute lourde demeure nécessaire lorsque les services de police doivent accomplir leur mission dans des conditions difficiles. Il peut s'agir d'opérations de maintien de l'ordre sur le terrain, « dans le feu de l'action », mais aussi de l'adoption de mesures juridiques [3]. Néanmoins, une faute simple est habituellement considérée comme suffisante, la jurisprudence récente montrant une évolution vers une nette réduction du régime de la faute lourde. En outre, il peut y avoir reconnaissance d'une responsabilité sans faute en cas d'usage d'armes à feu ou, parfois, au contraire, de refus de toute intervention, quelle qu'elle soit [4].

Pour ce qui est des **services fiscaux**, un arrêt *Bourgeois* de 1990 a précisé de même que la faute lourde n'est exigée que lorsque le fisc se heurte à des difficultés particulières dans l'appréciation de la situation des contribuables (ce qui n'est pas le cas pour des opérations purement matérielles telles que le traitement informatisé des déclarations d'impôt). Ce qu'a confirmé en 1997 l'arrêt *Commune d'Arcueil* [5].

À côté des activités qui relèvent encore, selon les cas, de l'un ou l'autre régime, *une faute lourde* reste en principe exigée pour les **activités de tutelle ou de contrôle**. Il pouvait paraître peu cohérent de conserver la faute lourde sous prétexte de la difficulté des missions, alors qu'elle a été abandonnée dans un domaine comme celui des activités de secours et de sauvetage. D'ailleurs, en 1993, le Conseil d'État s'est placé sur le terrain de la faute simple pour engager la responsabilité de l'État en raison de sa carence dans l'activité de contrôle de la transfusion sanguine. Pourtant, il a censuré des jurisprudences de cours administratives d'appel qui avaient abandonné la faute lourde au profit de la faute simple. Ainsi, les carences dans l'exercice du contrôle de légalité effectué par le préfet sur les actes de collectivités locales continuent de n'engager la responsabilité de l'État qu'en

---

1. CE 23 mai 2003, *Mme Chabba*, *AJDA* 2004.157, note N. Albert.
2. V. R. Vandermeeren, « Responsabilité des services de police », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, 2005.
3. Par exemple, la décision d'accorder ou non le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice. V. CE 16 oct. 1987, *Tribier*, *RDP* 1988.899, concernant une décision d'expulsion de locataire : pas de faute lourde, car le concours a été prêté « dès que cela était possible et en prenant des précautions pour éviter tout incident public » ; en revanche, faute lourde dans l'exécution matérielle de la décision : « les fonctionnaires de police ont agi avec un excès de précipitation et un défaut de précautions que ni la nécessité d'une action rapide, ni la personnalité de la requérante ne justifiaient ».
4. Quant à la responsabilité de la **police judiciaire**, la Cour de cassation a affirmé sa compétence pour statuer sur le contentieux, mais en affirmant également le devoir de se référer en l'espèce aux régles du droit public de la responsabilité : Cass. civ. 23 nov. 1956, *Trésor public c/Giry*, *D.* 1957.34, concl. Lemoine, *GAJA* n° 76. V. l'affaire *Baud* qui a donné lieu à de nombreuses difficultés et à une longue procédure pour finalement être réglée selon les principes de la jurisprudence *Giry* par la cour d'appel de Lyon (28 nov. 1962, *Gaz. Pal.* 1963.II.195). *Adde* : Civ. 10 juin 1986, *Consorts Pourcel*, *RFDA* 1987.92, note J. Buisson ; dans cette affaire, la Cour de cassation, se référant aux principes régissant la responsabilité de la puissance publique, et notamment au principe de l'égalité devant les charges publiques, a retenu la responsabilité sans faute de l'État pour une opération de police judiciaire (préjudice anormal résultant de l'usage d'armes à feu, la victime n'étant pas concernée par l'opération ; v. *infra*, p. 587).
5. CE 27 juill. 1990, *Bourgeois*, *RFDA* 1990.889, concl. N. Chahid-Nourai ; CE 29 déc. 1997, *Commune d'Arcueil*, *AJDA* 1998.112, chron. T. X. Girardot et F. Raynaud (comparer avec CE 21 janv. 1983, *Ville de Bastia*, *AJDA* 1983.375).

cas de faute lourde. Il en va de même lorsqu'est en cause l'activité de surveillance des banques exercée par la Commission bancaire [1].

Relève aussi de la faute lourde, la responsabilité de l'État (et de lui seul [2]) dans l'accomplissement de la *fonction juridictionnelle*. Pour l'activité des **juridictions judiciaires**, c'est en vertu de la loi. En effet, une *loi du 5 juillet 1972* a supprimé l'irresponsabilité de principe en prévoyant que **« l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice ».** Cette responsabilité n'est engagée que par une **faute lourde** ou par un **déni de justice** (art. L.781-1, Code de l'organisation judiciaire). La faute lourde ou le déni de justice peuvent provenir d'une faute personnelle d'un juge ou d'un agent du service judiciaire ; même dans ce cas, la victime d'un dommage doit attaquer l'État (ce dernier ayant la possibilité ensuite de se retourner contre le magistrat ayant commis une faute personnelle, au moyen d'une action récursoire, ce qu'il ne fait pratiquement jamais) [3].

Toutefois, cette loi ne s'applique qu'à l'exercice de la fonction judiciaire. Et jusqu'à un arrêt de 1978, le fonctionnement des **juridictions administratives** était également marqué par le principe d'irresponsabilité, sauf pour des fautes détachables de la fonction juridictionnelle. Alors le Conseil d'État a admis l'existence d'un droit à indemnité en cas de *faute lourde* (et uniquement dans ce cas) dans le fonctionnement de la justice administrative, en excluant clairement toute faute résultant du contenu même de la décision juridictionnelle si celle-ci est définitive car elle est alors revêtue de l'autorité de chose jugée [4]. Sans remettre en cause cette jurisprudence, il a depuis retenu un régime de *faute simple* dans le cas particulier du dommage résultant de la *durée anormale d'une procédure* [5] – Un décret du 28 juillet 2005 (art. R. 311-1, CJA) a précisé qu'il est compétent en premier et dernier ressort.

---

1. À propos du contrôle des collectivités territoriales, v. CAA Marseille, 21 janv. 1999, *Commune de Saint-Florent*, *AJDA* 1999.224 et CE 6 oct. 2000, *Min. de l'Intérieur c/Commune de Saint-Florent*, *RFDA* 2001.152, obs. P. Bon ; et, concernant la mission de contrôle de la commission bancaire : CE 30 nov. 2001, *Kéchichian*, *AJDA* 2002.133, chron. M. Guyomar et P. Collin, ; *RFDA* 2002.742, concl. A. Seban, obs. F. Moderne. Sur la question générale des activités de contrôle, v. Y. Gaudemet, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », dans *Liber amicorum Jean Waline*, Dalloz, 2002, p. 561.

2. *Infra*, p. 596, note 5.

3. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la loi ne concerne que les usagers de la justice. Les dommages causés aux auxiliaires de la justice relèvent du régime applicable aux collaborateurs du service public (responsabilité sans faute) : Civ. 1re, 30 janv. 1996, *Morand c/Agent judiciaire du Trésor*, *RFDA* 1997.1301, note P. Bon.

Dans sa jurisprudence récente, la Cour de cassation semble vouloir donner une interprétation plus souple qu'antérieurement de la notion de faute lourde de la justice : V. Cass. 23 févr. 2001, *Bolle-Laroche*, *AJDA* 2001.788, note S. Petit.

4. CE 29 déc. 1978, *Darmont*, *RDP* 1979.1742, note J.-M. Auby.

5. CE 28 juin 2002, *Ministre de la Justice c/Magiera*, *RFDA* 2002.756, concl. Lamy ; CE 25 janv. 2006, *SARL Potchu*, *AJDA* 2006.589, chron. C. Landais et F. Lenica ; J. Courtial, « La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ? », *AJDA* 2004.423 (il en ressort que, si l'influence de la jurisprudence de la CEDH condamnant la France du fait de lenteurs excessives de procédures juridictionnelles a été déterminante, de nouvelles évolutions devraient résulter du droit communautaire : un arrêt de la CJCE, *Gerhard Köbler et Reppublik Osterreich* du 30 septembre 2003, condamne le maintien de l'irresponsabilité de l'État du fait de dommages résultant du contenu d'une décision définitive d'une juridiction administrative lorsque la faute alléguée est constituée par une violation du droit communautaire). V. aussi, plus généralement, avec des études de droit comparé : M. Deguergue (dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, PUF, coll. « Droit et justice », 2003.

Le cas des **services hospitaliers** est lui aussi particulièrement révélateur de l'évolution du régime de la responsabilité publique. En la matière, la jurisprudence distinguait traditionnellement, d'une part, les *affaires relatives à l'organisation et au fonctionnement des services* relevant du régime de la faute simple et, d'autre part, celles concernant l'*activité médicale proprement dite*, soumise au régime de la *faute lourde* (notamment, les actes chirurgicaux, tel l'oubli d'un instrument dans le corps d'un opéré). Ce système soulevait divers problèmes : difficultés pour définir la notion de faute lourde, effets malencontreux sur les victimes... Après avoir restreint le domaine d'application de la faute lourde, en élargissant le champ de la responsabilité pour faute simple liée à l'organisation et au fonctionnement des services, et admis des fautes lourdes en se fondant, non sur la gravité de l'acte fautif, mais sur la gravité de ses conséquences, *le Conseil d'État a abandonné la notion de faute lourde*. Dans un arrêt de 1992 concernant une faute dans l'activité médicale, il a évoqué seulement la « faute de nature à engager la responsabilité de l'hôpital » [1].

Indépendamment des actes médicaux eux-mêmes, le Conseil d'État (suivant en cela un renversement de jurisprudence opéré en 1998 par la Cour de cassation) a jugé que le devoir qui incombe au médecin d'*informer* son malade, préalablement à la mise en œuvre d'un traitement ou d'une intervention, des risques liés à cet acte s'étend à l'ensemble des risques connus sans exception. À défaut, le médecin commet une faute [2]. L'obligation d'information a cependant été aménagée par la loi du 4 mars 2002 [3]. S'ajoute une obligation de *recueillir le consentement du malade*. La loi consacre le principe d'un consentement « libre et éclairé » en précisant les conditions de son application [4].

Le souci de protection des victimes de dommages a aussi conduit le juge à développer, surtout depuis les années 1980, un *régime de présomption de faute*. Une faute est parfois difficile à prouver alors que des faits la révèlent. Tel peut être le cas, par exemple, lorsque des actes de soins courants ont des conséquences anormales, ou pour des infections

---

1. CE 10 avr. 1992, *M. et Mme V.*, *RFDA* 1992.571, concl. H. Legal. Tout en préconisant l'abandon de la faute lourde pour les actes médicaux (dont la détermination avait été clarifiée par un arrêt du Conseil d'État du 26 juin 1959, *Rouzet*, *R.* 405), le Commissaire du gouvernement soulignait cependant la spécificité de la faute médicale, qui ne peut être assimilée à d'autres fautes. En raison de difficultés de l'activité médicale, la faute doit être « caractérisée », d'une certaine gravité.

2. CE 5 janv. 2000, *Telle* (1re esp.) et *Assistance-publique-Hôpitaux de Paris* (2e esp.), *AJDA* 2000.137, chron. M. Guyomar et P. Collin, soulignant que ces décisions font prendre à la jurisprudence « un tournant remarquable qui contribue à l'émergence d'un véritable droit du malade face au corps médical ». Deux précisions encore méritent d'être relevées : la preuve de l'information incombe au médecin ; le préjudice indemnisable est celui résultant de la perte d'une chance de refuser l'intervention et d'éviter ainsi l'accident.

3. Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JO* 5 mars 2002) — articles L. 1111-1 et suivants du Code de la santé publique : l'information « porte... sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles... ».

4. Alors qu'elle paraît exiger toujours un consentement, le Conseil d'État a considéré que les médecins ne portent pas une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale « lorsque, après avoir tout mis en œuvre pour convaincre un patient d'accepter les soins indispensables, ils accomplissent, dans le but de tenter de le sauver, un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état » (juge des référés, Ord. du 16 août 2002, *AJDA* 2002.723, *Mme F.* ; à propos d'une transfusion sanguine pratiquée sur une personne Témoin de Jehovah). Quant à l'information des usagers, il est à noter encore que la loi du 4 mars 2002 innove sur le problème très discuté de l'accès au dossier médical en permettant un accès direct (sans l'intermédiaire d'un médecin). V. aussi, en la matière, la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie (*JO* 23 avr. 2005).

nosocomiales [1]. Dans le cas particulier où le dommage résulte de la défaillance des produits ou appareils de santé utilisés, la responsabilité a été admise, *même en l'absence de faute* [2].

Une autre question s'est posée : doit-on prendre en considération l'« **aléa thérapeutique** », cette part d'impondérable que comporte tout traitement et sur lequel la personne publique n'a aucune prise ? Le législateur doit-il, plus précisément, aménager un système fondé sur le principe de solidarité nationale et créer un fonds d'indemnisation, comme il l'a fait pour d'autres dommages ? La réponse a tardé, et, après divers projets ajournés, elle a finalement été donnée par la **loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé**. Cependant, le Conseil d'État, face à l'acuité des problèmes et dans l'attente d'une loi, avait apporté en **1993**, dans l'arrêt ***Bianchi,*** une solution jurisprudentielle en indemnisant la victime d'un accident médical, en dehors de toute faute**.** Cette nouvelle *responsabilité sans faute* des hôpitaux publics était malgré tout limitée par les conditions mentionnées dans cette affaire par le Conseil d'État : il devait s'agir d'un « acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement » et présentant « un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé » ; et encore fallait-il que l'exécution de cet acte soit « la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité » [3]. En 1997, le Conseil d'État a confirmé cette jurisprudence en réalisant une extension de son champ d'application [4]. Cette jurisprudence s'expliquait au fond par un souci de solidarité envers les victimes d'aléas thérapeutiques, mais cela n'allait pas sans soulever des interrogations [5].

---

1. Sur le cas des infections nosocomiales V. CE 9 déc. 1988, *Cohen*, *R.* 431 ; CE 31 mars 1999, *Assistance publique à Marseille*, *RFDA* 1999.699.

2. CE 9 juill. 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/Mme Marzouk*, *AJDA* 2003.1946, note M. Deguergue : alors que la CAA avait encore estimé que la défaillance du matériel (en l'espèce, un respirateur artificiel) « faisait présumer une faute dans l'organisation et le fonctionnement du service hospitalier », le Conseil d'État pose que ce service est « responsable, même en l'absence de faute de sa part, des conséquences dommageables pour les usagers de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilise ». En conséquence, alors même que la gravité des séquelles s'explique, pour l'essentiel, par l'état de santé antérieur du patient, il doit y avoir réparation de l'intégralité du préjudice ; sans possibilité d'exonération totale ou partielle de responsabilité.

3. CE 9 avr. 1993, *M. Bianchi*, *AJDA* 1993.383, chron. Maugüe et Touvet, p. 344. La CAA de Lyon — 21 déc. 1990, Gomez, *AJDA* 1991.126 — avait ouvert la voie, admettant une responsabilité sans faute dans l'hypothèse où la mise en œuvre d'une thérapeutique nouvelle, dont les conséquences ne sont pas entièrement connues et qui ne s'impose pas pour des raisons vitales, entraîne pour la victime des complications exceptionnelles et anormalement graves.

4. CE 3 nov. 1997, *Hôpital Joseph Imbert d'Arles*, *AJDA* 1997.959, et *RFDA* 1998.90, concl. V. Pecresse ; tout en reprenant exactement les conditions énoncées dans l'arrêt *Bianchi*, il admet la responsabilité à l'égard d'une personne qui n'est pas « malade » (en l'occurrence il s'agissait d'une circoncision effectuée pour des motifs religieux), et, de plus, pour un accident lié à une anesthésie générale, c'est-à-dire un acte médical très fréquent (ce qui, en dépit du nombre relativement faible d'accidents graves, peut augmenter largement les cas de responsabilité des hôpitaux).

5. V. Conseil d'État, *Rapport public 1998*, « Réflexions sur le droit de la santé », *EDCE* n° 49, p. 250 et s. Et il faut souligner qu'une autre difficulté est apparue : la Cour de Cassation ayant refusé dans un arrêt de principe du 8 novembre 2000 d'indemniser l'aléa thérapeutique, il en est résulté une inégalité entre les usagers des hôpitaux publics et ceux des établissements de santé privés. Cette situation rendait urgente l'intervention du législateur.

En les dissociant clairement, la loi du 4 mars 2002 reconnaît que la responsabilité et la solidarité nationale obéissent à des logiques différentes [1]. Selon les « principes généraux » énoncés, hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels et les établissements de santé *ne sont responsables qu'en cas de faute*, et c'est **au titre de la solidarité nationale** que peuvent être indemnisés les préjudices résultant d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou une infection nosocomiale *non liés à une faute* [2]. Cette indemnisation incombe à un *nouvel établissement public national* financé par l'assurance maladie : l'**Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM).** Les conditions posées au droit à réparation apparaissent moins rigoureuses que celles qui avaient été retenues par la jurisprudence du Conseil d'État en 1993, mais les préjudices doivent présenter un caractère de gravité (fixé par décret [3]). Par ailleurs, l'un des objectifs de la loi est de permettre une indemnisation rapide par une *procédure non-juridictionnelle*, tout en laissant (la procédure étant facultative) aux victimes de dommages la possibilité d'agir devant le juge. La loi institue des *commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux* (CRCI). Celles-ci ont deux missions. D'abord, une mission de *conciliation* pour les dommages dont la gravité est inférieure au seuil prévu. Ensuite, une mission de *règlement amiable* pour les dommages dépassant le seuil. Alors la commission compétente, après expertise, émet dans un délai de six mois un avis sur les dommages et le régime d'indemnisation applicable. S'il s'agit d'un aléa thérapeutique, l'avis est transmis à l'Office, qui doit dans un délai de quatre mois adresser à la victime une offre d'indemnisation (dans l'hypothèse où une victime a choisi l'action en justice, le défendeur n'est plus l'hôpital mais l'Office) [4].

En ce qui concerne les *infections nosocomiales*, phénomène dont l'ampleur est préoccupante, le régime d'indemnisation présente des particularités qui résultent de la loi du 30 décembre 2002. Est posé le principe d'une présomption de responsabilité : les établissements de santé sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. Toutefois, l'indemnisation à la charge des établissements (en fait de leurs assureurs) ne concerne que les dommages peu graves. En effet, en cas de décès ou d'incapacité permanente partielle (IPP) d'un taux supérieur à 25 %, la réparation est effectuée au titre de la solidarité nationale (c'est-à-dire

---

1. Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (*JO* 5 mars 2002), Titre IV : « Réparation des conséquences des risques sanitaires » (intégré dans le Code de la santé publique — art. L. 1142-1 et s.). V. l'analyse de la loi par M. Deguergue, *AJDA* 2002.508 ; et G. Faure (dir.), *La loi du 4 mars 2002 : continuité ou nouveauté en droit médical*, PUF, coll. CEPRISCA, 2003. Cette loi a été modifiée par la loi du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale (*JO* 31 déc. 2002) et celle du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique (*JO* 11 août 2004 ; *supra*, p. 569).
2. Sur la réserve relative au défaut d'un produit de santé, v. la jurisprudence de 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/Mme Marzouk,* citée ci-dessus. Noter aussi que le nouveau régime d'indemnisation ne concerne que les accidents consécutifs à des activités réalisées à compter du 5 septembre 2001. Ce qui exclut les accidents antérieurs à cette date, qu'ils fassent ou non l'objet d'une instance en cours (dans ce cas, les juges statuent selon les règles jurisprudentielles antérieures).
3. Article D. 1142-1 du Code de la santé publique ; décret du 4 avril 2004.
4. V. le site internet de l'ONIAM, notamment les rapports d'activité et la sélection de décisions de justice. V. aussi : T. Olson, « Responsabilité, assurance et solidarité en matière sanitaire », *AJDA* 2005.2226 ; L. Helmlinger, « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux : ni excès d'honneur, ni indignité », *AJDA* 2005.1875.

par l'ONIAM) même si ces dommages sont dus à une faute (contrairement au cas de l'aléa thérapeutique) [1].

§ 2. La faute personnelle de l'agent public

Il n'est pas aisé d'appliquer la distinction entre la *faute de service* et la *faute personnelle.* Cette dernière ne saurait être qu'exceptionnelle, compte tenu de la nature des fonctions administratives et des liens qui unissent l'agent à l'Administration ; pourtant trois séries de cas apparaissent dans la jurisprudence.

a) Il y a faute personnelle lorsque la faute est commise **en dehors du service** et peut être considérée comme concernant la **vie privée** de l'agent dans la mesure où elle est dépourvue de tout lien avec le service.

b) Une faute personnelle peut être commise **dans l'exercice des fonctions.** En effet, lorsque la faute est *intentionnelle* (malveillance, vengeance) ou *particulièrement grave* (négligences ou imprudences inadmissibles, brutalités, excès de langage [2], dissimulation par un médecin d'une erreur médicale commise dans son service [3]), elle est considérée comme *détachable des fonctions.* Mais le juge tend à exiger une extrême gravité pour considérer de tels comportements comme des fautes personnelles [4].

c) Enfin, la faute personnelle est parfois commise **en dehors des fonctions** tout en étant **« non dépourvue de tout lien avec le service ».** Tel est le cas d'un accident provoqué par un chauffeur de l'Administration alors qu'il avait effectué un détour d'itinéraire à des fins personnelles, ou encore d'un accident provoqué (dans sa vie privée) par une arme détenue régulièrement par un agent [5].

Le domaine de la faute personnelle reste relativement restreint afin d'éviter des poursuites abusives contre les fonctionnaires. C'est ainsi que la *voie de fait* ne constitue pas obligatoirement une faute personnelle [6]. Il en va de même d'une *infraction pénale* [7]. Cette réduction de la responsabilité personnelle des agents publics est, dans une certaine mesure, compensée par l'existence d'un régime *disciplinaire* sanctionnant un comportement personnel fautif.

Il est cependant un cas où, contrairement aux caractéristiques générales du droit positif en la matière, les agents publics sont considérés comme personnellement responsables

---

1. Article L. 1142-1-1 du Code de la santé publique.
2. TC 2 juin 1908, *Girodet*, *R.* 597, concl. Tardieu (propos obscènes tenus par un instituteur devant sa classe).
3. CE 28 déc. 2001, *M. Valette*, *AJDA* 2002.359, concl. R. Schwartz (dissimulation mettant en jeu la vie du patient transporté dans un autre service).
4. V., à propos de violences commises par des policiers dans le cadre d'une opération de police judiciaire : Cass. 14 juin 2005, *Gilles H., Erick L, Agent judiciaire de Trésor*, *AJDA* 2006.1058, note C. Deffigier.
5. Le lien d'une faute personnelle avec le service a parfois une nature très particulière. Tel est le cas lorsqu'un gendarme, en raison de sa participation aux enquêtes sur des meurtres commis par lui, a pu échapper aux recherches et commettre un nouveau crime : CE 18 nov. 1988, *Raszewski*, *R.* 416.
6. TC 8 avr. 1935, *Action française*, *R.* 1226, concl. Josse, *GAJA* n° 49. V., sur la voie de fait, dossier 14, p. 662.
7. TC 14 janv. 1935, *Thepaz*, *R.* 224, *GAJA* n° 48 : le chauffeur d'un camion militaire ayant provoqué un accident est condamné par les juridictions pénales mais le Tribunal des conflits décide que le fait n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions et que les réparations pécuniaires dues à la victime sont à la charge de l'État.

d'un acte qui est difficilement séparable de l'exercice de leurs fonctions : l'exécution d'un ordre, lorsque celui-ci est manifestement irrégulier, peut être constitutive d'une faute personnelle car l'agent a le *devoir de désobéir* si l'exécution est contraire à l'intérêt général ou perturbe le fonctionnement du service public [1].

Lorsque la faute personnelle est établie, **le contentieux relève de la juridiction judiciaire.** Le litige est résolu sur la base du droit privé. Le patrimoine responsable est le patrimoine personnel de l'agent. En réalité, il est rare que seule soit engagée la responsabilité individuelle de l'agent : pratiquement, le seul cas est celui d'une faute personnelle dépourvue de tout lieu avec le service. En effet, l'insolvabilité éventuelle des agents publics a conduit le juge à forger un *régime de cumul*, qui permet des recours en indemnité contre l'Administration, même en cas de lien assez ténu entre la faute de l'agent et le service. De plus, des *régimes législatifs* particuliers ont institué dans deux domaines, un système de **substitution de responsabilité**, et attribué le contentieux au juge judiciaire.

Ainsi, l'originalité de la loi du 5 avril 1937 sur la responsabilité de l'État pour les **dommages causés aux élèves ou par les élèves des écoles publiques** (et résultant d'un défaut de surveillance du maître) est d'affirmer la *substitution automatique de la responsabilité de l'État à celle du maître* et la *compétence exclusive des tribunaux judiciaires*. L'État garde cependant la possibilité d'intenter une action récursoire contre le maître qui a commis une faute personnelle. Et lorsque le dommage provient d'une mauvaise organisation du service (absence de personnel surveillant, par exemple), le contentieux reste de la compétence du juge administratif ; il en est de même lorsque le dommage résulte d'un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public. La loi du 31 décembre 1957 établit quant à elle la *compétence exclusive des tribunaux judiciaires* pour le contentieux des **dommages de toute nature causés par un véhicule quelconque** (avec application des règles du droit civil). Pour les véhicules appartenant aux personnes publiques, la *responsabilité de l'Administration est substituée à celle de l'agent conduisant le véhicule*, dans la mesure où existe un lien avec l'exercice des fonctions (et sous réserve d'une action récursoire). La jurisprudence révèle des hésitations sur deux points. D'abord, *qu'est-ce qu'un véhicule ?* La définition de la notion est très large mais assez incertaine ; s'il s'agit en principe de tout engin pouvant se déplacer au moyen d'un « dispositif propre », des distinctions très subtiles sont souvent faites, notamment entre les engins liés à des éléments fixes (les bacs et télébennes sont des véhicules mais non les ascenseurs). Ensuite, *qu'est-ce qu'un dommage « causé par » un véhicule* ? Cette expression, si elle est comprise de façon souple, pose néanmoins elle aussi, en pratique, des problèmes et donne lieu à des solutions discutées [2].

---

1. CE 10 nov. 1944, *Langneur*, *R.* 288.
2. V., par exemple, R. Chapus, *DA*, t. 2, n° 784 : si les dommages résultant des vibrations provoquées par la circulation ou le fonctionnement des camions et engins de travaux publics sont causés par un véhicule, « est-il normal que la solution soit différente quand les dommages résultent des trépidations dues à la circulation des trains sur une voie ferré ? ».

Section 2
Le régime du cumul

Ce régime du cumul — des fautes et des responsabilités — a été construit par le juge pour protéger les victimes (A). Pourtant, comme le système aboutissait à une protection excessive des agents publics, la jurisprudence a évolué et leurs rapports avec l'Administration ont été modifiés, dans un but de responsabilisation (B).

§ 1. Les avantages pour la victime

Le Conseil d'État a successivement admis deux possibilités de cumuls : celui des *fautes* et celui des *responsabilités.*

Dans le **cumul de fautes,** la victime subit un dommage qui résulte de *deux faits distincts,* l'un est une faute personnelle d'un agent, l'autre, une faute de service. L'exemple typique est celui de l'affaire *Anguet* [1]. L'usager d'un bureau de poste a été obligé de sortir par une issue réservée au service en raison de la fermeture prématurée du bureau (faute du service) et il a subi des brutalités de la part des agents (faute personnelle). Le Conseil d'État estime que l'État doit réparer la totalité du préjudice. L'illustration la plus fréquente d'un tel cumul est la juxtaposition d'une faute personnelle et d'un *défaut de surveillance* de la part de l'Administration [2], notion évidemment assez extensible dont l'avantage est de permettre à la victime ou à ses ayants-droit d'attaquer l'Administration (et pas seulement l'agent public) pour obtenir une indemnité.

Le juge est allé plus loin en admettant un **cumul de responsabilités** pour *un même fait.* Dans l'affaire *Lemonnier* [3], des personnes avaient été blessées, à l'occasion d'une fête municipale, par un exercice de tir que la maire n'avait pas entouré de toutes les précautions nécessaires. Qu'il ait commis une faute susceptible d'être considérée comme personnelle par le juge judiciaire, n'empêche pas « de poursuivre directement, contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert ». Le commissaire de gouvernement Léon Blum explique que « le service a conditionné l'accomplissement de la faute » et il résume le fondement de la solution qu'il propose et que le juge retient, dans une formule devenue célèbre : « La faute se détache peut-être du service, mais le service ne se détache pas de la faute ». Cette jurisprudence a été appliquée largement non seulement pour des fautes personnelles commises *dans l'exercice des fonctions*, mais aussi pour des fautes commises *en dehors des fonctions* et « non dépourvue de tout lien avec le service » [4].

La victime a, grâce à ce cumul, la possibilité d'obtenir une indemnité de l'Administration dont la solvabilité est plus sûre que celle d'un agent. Une procédure de *subrogation*

---

1. CE 3 févr. 1911, *Anguet*, *R.* 146, *S.* 1911.3.137, note M. Hauriou ; *GAJA* n° 23.
2. V. par exemple les défauts d'organisation et de discipline dans CE 13 déc. 1963, *Ministre des Armées c/Occelli*, *R.* 629, concl. G. Braibant (meurtre commis par des militaires ayant irrégulièrement quitté leur camp).
3. CE 26 juill. 1918, *Époux Lemonnier*, *R.* 761, concl. L. Blum ; *GAJA* n° 33.
4. CE 18 nov. 1949, *Mimeur*, *R.* 492 (accident causé par le conducteur d'un véhicule de l'Administration qui utilisait celui-ci pour des fins personnelles) ; CE 26 oct. 1973, *Sadoudi*, *R.* 603 (mort accidentelle d'un gardien de la paix tué par un de ses collègues qui manipulait maladroitement dans leur chambre commune son pistolet de service).

permet d'éviter que la victime, ayant attaqué à la fois l'Administration et l'agent, ne perçoive deux indemnités : la personne publique pourra ainsi toucher, après avoir indemnisé la victime, la somme éventuellement payée par l'agent. Elle a également la possibilité d'agir contre lui : longtemps le juge a exclu que l'Administration, condamnée à payer une indemnité en vertu de la jurisprudence du cumul, puisse se retourner contre son agent [1], mais il a modifié sa position qui s'avérait trop favorable aux fonctionnaires.

§ 2. Les rapports entre l'Administration et ses agents

Sans priver les victimes des avantages du cumul, le Conseil d'État en a amélioré les mécanismes dans deux arrêts de 1951 [2].

– L'arrêt *Laruelle* (concernant un cas de *cumul de responsabilités pour un même fait*) a reconnu à l'Administration le droit d'intenter une **action récursoire** contre un agent ayant causé un préjudice à la collectivité par une faute personnelle : l'Administration indemnise la victime mais elle subit elle-même, de ce fait, un préjudice en supportant les conséquences de la faute personnelle de son agent et elle a droit à réparation.

– L'arrêt *Delville,* parallèlement, permet au fonctionnaire d'agir contre l'Administration s'il a été condamné à payer l'intégralité d'une indemnité alors que le dommage résultait à la fois d'une faute personnelle et d'une faute de service *(cumul de fautes).*

Le principe posé est celui d'une contribution à l'indemnisation en fonction de la gravité des fautes respectives. En outre, une disposition du Statut général des fonctionnaires (L. 13 juill. 1983, art. 11) oblige l'Administration à couvrir le fonctionnaire des condamnations civiles prononcées contre lui dans la mesure où il n'y a pas de faute personnelle détachable de l'exercice de fonctions — ce que le Conseil d'État avait considéré antérieurement comme un principe général du droit. Et, elle est tenue de lui accorder sa protection « dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle » [3].

La jurisprudence *Laruelle* et *Delville* n'a connu que des applications assez limitées dans la pratique mais cependant intéressantes quant à leur signification juridique [4]. Elles ont été confirmées, en 2002, par un arrêt *Papon* qui, en raison des faits auxquels il se rapporte, prend une toute autre dimension [5]. Le Conseil d'État reconnaît la responsabilité de l'État pour des fautes du Régime de Vichy.

---

1. CE 28 mars 1924, *Poursines*, *S.* 1926.3.17, note M. Hauriou.

2. CE 28 juill. 1951, *Laruelle et Delville*, *R.* 464 ; *S.* 1952.3.25, note A. Mathiot ; *RDP* 1951.1087, note M. Waline ; *GAJA* n° 69.

3. Communes, départements et régions sont de même tenus (en vertu du CGCT) d'accorder leur protection à un élu exerçant des fonctions exécutives et poursuivi pénalement pour « des faits qui n'ont pas le caractère de faute détachable de ses fonctions ».

4. TC 26 mai 1954, *Moritz*, *S.* 1954.3.85, concl. M. Letourneur ; CE 22 mars 1957, *Jeannier*, *R.* 196, concl. J. Kahn ; 19 juin 1959, *Moritz*, *R.* 377.

5. CE 12 avr. 2002, M. *Papon*, *RFDA* 2002.582, concl. S. Boissard ; *AJDA* 2002.423, chron. M. Guyomar et P. Collin ; *RDP* 2002.1511.1531, notes M. Degoffe et C.-M. Alves ; *GAJA*, n° 115. Selon cet arrêt, l'État doit prendre en charge la moitié des condamnations civiles prononcées contre M. Papon par la cour d'assises de la Gironde : celui-ci a commis une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions en raison de son comportement dans les opérations d'arrestation de personnes d'origine juive dans les

C'est la **juridiction administrative** qui est compétente pour délimiter les responsabilités respectives de l'agent et de l'Administration et pour connaître de la responsabilité de l'agent envers la collectivité publique.

– En cas de cumul véritable de fautes, le juge administratif apprécie la gravité respective des fautes pour la répartition des charges. En cas de cumul de responsabilités, l'appréciation peut être particulièrement délicate dans la mesure où le seul tort de l'Administration est d'avoir rendue possible la faute personnelle de l'agent (faute unique). Mais en principe, l'Administration peut exiger du fonctionnaire le remboursement de l'intégralité de l'indemnisation : la responsabilité de l'Administration n'apparaît qu'à l'égard de la victime.

– Si plusieurs agents sont impliqués dans une même affaire, la responsabilité de chacun et les indemnités sont proportionnées aux torts respectifs des divers auteurs du dommage (sans qu'il y ait responsabilité solidaire des préposés à l'égard de l'organisme dont ils sont les commettants).

Section 3
Les responsabilités sans faute

La reconnaissance d'une responsabilité publique *en dehors de toute faute* constitue sans doute l'un des aspects les plus remarquables de l'évolution de la responsabilité. Si l'intérêt général, finalité de toute action publique, pouvait justifier l'absence de responsabilité de la puissance publique, même en cas de faute, n'excluait-il pas, davantage encore, toute mise en cause de l'Administration à propos d'une action parfaitement régulière ?

Les origines de la responsabilité sans faute sont liées au *risque*. Certaines activités sont dangereuses et elles causent parfois des dommages indépendamment de toute faute. Dans ces hypothèses, est-il admissible de laisser le préjudice sans réparation et la victime démunie, comme ce serait le cas si le droit ne connaissait qu'une responsabilité pour faute ? À cette question le juge (comme parfois le législateur) a répondu négativement. Dès la fin du XIXe siècle, le Commissaire du gouvernement Romieu, dans une affaire relative à un accident subi par un ouvrier de l'État, affirmait que *l'État doit garantir ses ouvriers contre le risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter* [1]. Par la suite, cette *responsabilité pour risque* s'est beaucoup développée mais l'Administration n'est condamnée à verser des dommages-intérêts que dans la mesure où les préjudices dépassent une limite acceptable et sont donc excessifs par rapport à ce que doivent normalement supporter les administrés dans l'intérêt général. En d'autres termes, il faut qu'il y ait **préjudice anormal,** c'est-à-dire préjudice **générateur d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques** [2]**.** La même idée a conduit à admettre aussi la responsabilité sans faute dans des cas où il n'y a pas à proprement parler réalisation d'un risque et accident.

---

années 1940 ; mais les agissements de l'Administration, en contribuant à faciliter les opérations, constituent une faute de service engageant la responsabilité de l'État.

1. CE 21 juin 1895, *Cames*, *R.* 509, concl. J. Romieu.

2. C'est cette rupture de l'égalité devant les charges publiques qui, toujours, est le fondement de la responsabilité publique (V., le rappelant à l'occasion, Chr. Guettier, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA* 2005.1499 : « ...le risque est une

Alors, l'action régulière de l'Administration, dans l'intérêt général, cause délibérément le préjudice anormal et la responsabilité est *directement* fondée sur la rupture de l'égalité devant les charges publiques — elle ne résulte ni d'une faute, ni d'un risque.

En toutes hypothèses cependant le préjudice n'est anormal que s'il est **spécial** (à un administré ou à un groupe limité d'administrés) et **grave,** ce qui s'apprécie au cas par cas et repose en définitive sur des considérations d'équité [1].

Ces responsabilités sans faute sont d'*ordre public :* la victime peut donc s'en prévaloir en tout état de la procédure et le juge doit statuer d'office sur ce point.

§ 1. La responsabilité sans faute liée au risque

A. Travaux publics

Le juge administratif a été amené à admettre assez largement la responsabilité sans faute dans le domaine des **travaux publics** [2] et des dommages causés à des personnes autres que les participants à ces travaux. Il fait cependant une distinction nette entre les usagers des ouvrages publics et les tiers.

Pour les **tiers,** c'est-à-dire les personnes qui n'ont pas de rapport direct avec les travaux ou les ouvrages (ils n'en sont pas les utilisateurs), la mise en cause de la responsabilité est facilement ouverte, le régime étant toujours celui de la responsabilité *sans faute.* Dès l'instant qu'ils subissent un dommage anormal, ils ont droit à réparation en établissant seulement le lien de causalité entre l'ouvrage et le dommage. En revanche, les **usagers** profitent de l'ouvrage public et doivent supporter un certain nombre d'aléas. À leur sujet la jurisprudence est plus restrictive. La personne mise en cause peut échapper à toute condamnation si elle établit « l'absence de *défaut d'entretien normal* » : si elle montre qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir, tout ce qui lui incombait normalement. C'est à elle d'en faire la démonstration, non à la victime [3]. Un entretien ou aménagement normal consiste, notamment, à assurer une signalisation des dangers de la route. Il varie en fonction des circonstances de temps et de lieu. Dans un cas, malgré tout, il ne suffit pas : lorsque l'ouvrage est considéré comme *« exceptionnellement dangereux »,* la responsabilité peut être en principe engagée, même en l'absence de défaut d'entretien. Un arrêt l'a admis en 1973, un autre a confirmé le principe en 1992. Toutefois, la jurisprudence est telle que l'on peut s'interroger sur sa portée. Le juge la restreint en ne qualifiant pas

---

condition d'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration. Il n'en constitue pas un fondement »).

1. En outre, il ne doit pas s'analyser comme la réalisation d'un aléa normalement assumé par la victime (CE 10 juill. 1996, *M. Meunier*, *RDP* 1997.246, concl. J.-H. Stahl : le requérant ayant installé, en connaissance de cause, un commerce dans un endroit menacé d'éboulements ne peut obtenir réparation suite à l'arrêté du maire ordonnant sa fermeture en raison de risques d'éboulements) ; et sa réparation ne doit pas avoir été exclue par le législateur.
2. *Supra*, p. 410.
3. V., par exemple, CE 9 janv. 1976, *Berkowitz*, *R.* 21, concl. Théry. Alors qu'il paraît y avoir là une responsabilité pour faute, avec présomption de faute (qu'est-ce que le défaut d'entretien, sinon une faute ?), le commissaire du gouvernement donne à penser qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute. La question reste discutée. Comparer R. Chapus, *DA* 2, n° 807 et M. Rougevin Baville, *La responsabilité administrative,* Hachette, Les Fondamentaux, 1992, p. 120.

d'exceptionnellement dangereux des ouvrages qui le sont à l'évidence comme des routes fortement exposées à des chutes de rochers et avalanches [1].

B. Choses ou activités dangereuses, fait d'autrui

La jurisprudence a également admis la responsabilité sans faute en se fondant sur le risque né de **choses ou activités dangereuses.** Il en est ainsi en particulier dans *trois cas :*

– le *voisinage de choses dangereuses* (explosion d'un dépôt de munitions) [2] ;

– les *activités comportant des dangers.* La jurisprudence a connu une importante évolution depuis les années cinquante. Le Conseil d'État a admis la responsabilité sans faute en raison de méthodes dangereuses créant des risques pour des *tiers* : la rééducation des délinquants (régime libéral facilitant les évasions) [3], les traitements des malades mentaux avec possibilité de sorties [4] (la méthode thérapeutique constituant un risque spécial pour les tiers), ou le placement d'un enfant par un département dans une famille d'accueil (risque pour cette famille) [5]. A été admise aussi la responsabilité pour risque dans le cas d'une institutrice que son service exposait à la contagion, et qui aurait contracté la rubéole pendant sa grossesse [6]. Et le régime de la responsabilité sans faute a encore connu une extension notable en étant appliqué au profit d'*usagers* du service public. Tel a été, en 1993, l'apport de la jurisprudence *Bianchi* concernant l'aléa thérapeutique, avant que la loi du 4 mars 2002 institue un nouveau régime d'indemnisation fondé sur la solidarité nationale [7]. De même, en 1995, la responsabilité sans faute a été appliquée pour les dommages causés par les produits sanguins défectueux fournis par les centres publics de transfusion sanguine [8], avant d'être admise plus généralement pour « la défaillance des produits et appareils de santé » [9] ;

– l'*utilisation des armes à feu*. Les dommages causés par l'emploi des armes par les services de police relèvent de la responsabilité pour risque et non pour faute, dans l'intérêt

---

1. CE 6 juill. 1973, *Ministre de l'Équipement et du logement c/Dalleau*, *R.* 482 ; CE 5 juin 1992, *M. et Mme Cala*, *RFDA* 1993.68, concl. G. Le Chatelier.
2. CE 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, *S.* 1919.3.25, note M. Hauriou ; *GAJA* n° 35.
3. CE 3 févr. 1956, *Thouzellier*, *R.* 49 ; CE 5 déc. 1997.
4. CE 13 mai 1987, *Piollet*, *AJDA* 1987, chron. p. 459.
5. CE 23 juill. 2003, M. *Jean Calon*, *AJDA* 2003.2329, concl. I. de Silva — Et, plus généralement : G. Chavrier, « Les responsabilités du département du fait des dommages résultant de l'organisation et de l'exécution du service public des mineurs en danger », *JCP A* 2004, n° 1064.
6. CE 6 nov. 1968, *Saulze*, *R.*550 ; de même, CE 29 nov. 1974, *Gevrey*, *R.* 600, concl. Bertrand.
7. V. *supra,* p. 579.
8. CE 26 mai 1995, *Cts N. G.*, *M. J.* et *Cts P.* (3 décisions), *AJDA* 1995.577, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux, p. 508.
Sur les diverses responsabilités ayant pu être engagées en matière de transfusion sanguine, v. aussi : M. Dreifuss, « L'indemnisation des victimes du SIDA à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA* 1996.561 ; E. Savatier, « Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative. À propos de l'indemnisation des victimes des transfusions sanguines », *JCP* 1999.I. n° 125.Pour remédier aux difficultés rencontrées une réforme est intervenue. Alors qu'il existait 41 établissements de transfusion sanguine aux statuts différents, un *Établissement français du sang* a été créé le 1er janv. 2000 pour les remplacer, en application de la loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme (*JO* 2 juill. 1998) : « établissement public de l'État », il est opérateur unique, étant entendu que que le contrôle des produits sanguins et l'inspection des centres ont été confiés à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.
9. V. *supra*, p. 578, note 2.

des victimes. D'une part, il doit s'agir d'armes dangereuses [1]. D'autre part, la qualité de la victime entre en jeu : il faut distinguer le passant *(le tiers)* de la personne concernée par l'opération de police — ce qui n'est pas toujours facile pour les manifestants. Dans le premier cas, il y a responsabilité pour risque, dans le second, responsabilité pour faute simple.

S'inspirant de la responsabilité civiliste du **fait d'autrui**, a encore été consacré un régime de responsabilité sans faute fondé sur la *notion de garde* : est ainsi responsable des dommages causés aux tiers par un mineur, l'administration qui s'en est vue confier la garde par le juge des enfants, au titre de l'assistance éducative [2]. Il en va de même lorsqu'elle a la garde d'un mineur délinquant [3]. Selon le commissaire du gouvernement Christophe Devys, il s'agit toujours d'une responsabilité pour risque. Seulement, à défaut de risque spécial né de choses ou activités dangereuses, « il n'y a plus là de risque créé, mais simplement un risque assumé, inhérent à la mission de garde dont a été chargée l'administration ».

C. Interventions de collaborateurs occasionnels

La responsabilité sans faute liée au risque est enfin appliquée par le juge dans le cas de dommages subis par des **collaborateurs occasionnels de l'Administration.** Il s'agit du prolongement d'une jurisprudence ancienne relative à des ouvriers de l'État victimes d'accidents de travail. Dans l'affaire *Cames* de 1895, le Conseil d'État avait posé le principe que l'Administration doit réparer les dommages subis par ses agents soumis à des dangers dans l'exercice de leurs fonctions. Depuis lors, des textes ont institué des régimes de réparation pour les agents de l'Administration, et cette jurisprudence, à leur égard, a perdu l'essentiel de son intérêt [4]. Elle est néanmoins utilisée pour des personnes qui ne font pas partie de l'Administration mais apportent leur concours à la collectivité occasionnellement et, le plus souvent, bénévolement [5]. Si ces collaborateurs subissent un préjudice, pour que la responsabilité de l'Administration soit engagée, d'une part, l'activité concernée doit être un *service public* (mais la jurisprudence est assez souple quant à la notion de *participation* à ce service et il peut s'agir d'une participation très

---

1. CE 24 juin 1949, *Consorts Lecomte*, *R.* 307, *S.* 1949.3.61, concl. Barbet ; *GAJA* n° 63. L'arrêt précise qu'il doit être fait « usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels », mais cette condition n'est pas strictement entendue et a pu s'appliquer, par exemple, à un simple pistolet.
2. CE 11 févr. 2005, *GIE Axa Courtage*, *RFDA* 2005.595, concl. C. Devys, note P. Bon.
3. CE 1er févr. 2006, *Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/Mutuelle assurance des instituteurs de France*, *AJDA* 2006.586, chron. C. Landais et F. Lenica (solution identique à celle retenue quand le juge des enfants a confié la garde à une personne privée et que le contentieux est judiciaire). L'arrêt précise que « l'action ainsi ouverte ne fait pas obstacle à ce que soit également recherchée, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'État en raison du risque spécial créé pour les tiers du fait de la mise en œuvre d'une des mesures de liberté surveillée prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 ». Subsiste, en conséquence, pour les mineurs délinquants, la jurisprudence *Thouzellier* (citée ci-dessus), mais se trouve introduit – du fait de la responsabilité de la personne ayant la garde – un cumul de responsabilité.
4. V. cependant, *infra*, p. 599, note 2.
5. V., par exemple : CE 28 nov. 1946, *Commune de Saint-Priest-La-Plaine*, *R.* 279 ; *GAJA* n° 59 (participation au tir d'un feu d'artifice à l'occasion d'une fête locale) ; CE 1er juill. 1977, *Commune de Coggia*, *AJDA* 1 978,286 (secours à un baigneur en difficulté) ; CE 13 janv. 1993, *Mme Galtié*, *RFDA* 1 994,91, note P. Bon (Encadrement d'une sortie d'élèves d'un établissement scolaire) ; CE 31 mars 1999, *Hospices civils de Lyon*, *AJDA* 1999.528, note R.K. (soutien aux malades hospitalisés). Et, J.-F. Prévost, « La notion de collaborateur occasionnel et bénévole du service public », *RDP* 1980.1971.

indirecte) ; d'autre part, la victime doit en principe avoir été *sollicitée* par les autorités (toutefois la jurisprudence admet l'intervention *spontanée* en cas d'urgence, au moins si la personne publique ne dispose pas des moyens appropriés permettant une intervention administrative dans de brefs délais).

D. La responsabilité de l'État du fait des attroupements et rassemblements

Une loi du 16 avril 1914 (modifiant les régimes anciens successivement institués par une loi de l'an IV, puis par la loi municipale de 1884) avait organisé un régime de responsabilité des communes pour les dommages causés par les **attroupements et rassemblements.** La loi affirmait la compétence des tribunaux judiciaires et avait pour originalité d'introduire un partage de responsabilité entre la commune et l'État. Mais les lois du 7 janvier 1983 et du 9 janvier 1986 [1] ont réformé ce système. L'article 92 du premier de ces textes (CGCT, art. L. 2216-3) dispose, en effet, que *« l'État est civilement responsable des dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis à force ouverte ou par violence, par des attroupements ou rassemblements armés ou non armés, soit contre les personnes, soit contre les biens. Il peut exercer une action récursoire contre la commune lorsque la responsabilité de celle-ci se trouve engagée »*. Les victimes doivent donc attaquer uniquement l'**État**. Quant à la seconde loi, elle a résolu le problème de la compétence juridictionnelle laissé en suspens en 1983 en établissant que, désormais, ce contentieux relève de la juridiction administrative [2]. Le régime repose depuis 1914 sur la notion de risque social : la référence à la faute est exclue ; la victime ne doit prouver que le lien de causalité entre les actes de violence et le dommage (« il n'est pas nécessaire qu'il ait le caractère d'un préjudice anormal et spécial » [3]). Encore faut-il qu'il y ait attroupement, ce qui est loin d'aller toujours de soi [4]. Qu'en est-il des dommages consécutifs aux « violences urbaines » d'octobre et novembre 2005 ? De par leur importance, et quelle que soit l'application faite par le juge de sa jurisprudence, ils posent à leur tour la question des limites de la responsabilité publique – Ce qui a conduit à envisager la création d'un fonds d'indemnisation... [5].

§ 2. La responsabilité sans faute fondée sur la rupture directe de l'égalité devant les charges publiques

L'exercice de son pouvoir de décision par l'Administration peut difficilement se rattacher à l'idée de risque mais il peut avoir pour effet de pénaliser indirectement une

---

1. Loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État ; loi du 9 janvier 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.
2. V. R. Letteron, « Le juge administratif et la responsabilité du fait des attroupements », *RDP* 1990.489.
3. CE, Avis, 20 févr. 1998, *Société Études et construction de sièges pour automobiles*, *RFDA* 1998.584, concl. J. Arrighi de Casanova.
4. CE 13 déc. 2002, C*ie d'assurances Les Lloyd's de Londres*, *AJDA* 2003.398, concl. T. Olson (regroupement devant une discothèque, constitutif d'un attroupement alors même qu'il n'a pas de but revendicatif ou protestataire précis, étant entendu qu'il n'est malgré tout pas seulement animé par la seule volonté de détruire, saccager ou agresser) ; CE 26 mars 2004, *Sté BV Exportslachterig Apeldoorn ESA*, *AJDA* 2004.2349, note C. Deffigier (une soixantaine de personnes interceptent un camion transportant de la viande, déversent son chargement sur un parking et l'arrosent de carburant afin de le rendre impropre à la consommation : « ces actes, eu égard notamment à leur caractère prémédité, n'avaient pas été commis par un attroupement ou un rassemblement »).
5. V. N. Albert, « La responsabilité de l'État du fait des « émeutes » en question », *AJDA* 2006.739.

personne ou un groupe de personnes. Alors, *même si l'action est régulière et répond aux nécessités de l'intérêt général*, le juge admet le principe d'une réparation dès qu'il constate l'existence d'un *dommage anormal (spécial et grave).* Le raisonnement est le même en matière de lois ou de conventions internationales mais la jurisprudence est plus restrictive.

– Les cas d'application les plus fréquents concernent des **décisions de ne pas faire intervenir la force publique**. En effet, la jurisprudence *Couitéas* a posé le principe que les autorités administratives peuvent, *s'il y a menace grave pour l'ordre public, refuser de faire exécuter par la force un jugement* [1]. Le plus souvent, il s'agit de jugements ordonnant l'expulsion d'occupants sans titre d'un logement [2]. D'autres cas concernent l'expulsion de grévistes occupant une usine [3]. Il est évident que l'abstention de la puissance publique crée un préjudice pour le propriétaire dont le droit a été reconnu par le juge et que, pourtant, l'Administration n'est pas fautive puisqu'elle se comporte ainsi pour éviter des troubles. Le propriétaire est donc indemnisé parce qu'il n'a pas à supporter les exigences de l'intérêt général. Le principe de cette responsabilité a été *étendu au cas du refus de la police de mettre fin à une occupation irrégulière du domaine public :* les usagers de celui-ci peuvent être considérés comme subissant un préjudice anormal lorsque le libre accès en est entravé [4].

Le refus d'intervenir ne peut cependant que rester exceptionnel. À défaut, permettre de compenser par une indemnisation la non-intervention de la force publique, risque surtout d'avoir pour effet de créer une commodité pour les autorités confrontées à des difficultés dans le maintien de l'ordre public. Un arrêt de 1997 de la CJCE, l'a mis en évidence, tout en suscitant des interrogations sur l'avenir de la jurisprudence *Couitéas* [5]. Même s'il ne

---

1. CE 30 nov. 1923, *Couitéas*, *S.* 1923.3.57, note M. Hauriou, *GAJA* n° 41. Le concours de la force publique peut être refusé, tant qu'il y a « danger pour l'ordre et la sécurité », mais le préjudice en résultant « ne saurait, *s'il excède une certaine durée,* être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé ».
2. CE 27 avr. 1983, *Ministre de l'Intérieur c/Société SIRAP*, *RDP* 1984.847. V. aussi, soulignant le caractère exceptionnel, tout en apportant une précision, CC 29 juill. 1998, *JO* 31 juill. 1998 (loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions) : « si, dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut... ne pas prêter son concours à l'exécution d'une décision juridictionnelle, le législateur ne saurait subordonner l'octroi de ce concours à l'accomplissement d'une diligence administrative » — annulation, en l'espèce, d'une disposition le subordonnant à l'hébergement préalable des personnes expulsées. Sur l'application de la loi du 1998, v. la circulaire du 9 février 1999 relative à la prévention des expulsions locatives pour impayés (*JO* 17 févr. 1999).
3. CE 3 juin 1938, *Société Cartonnerie Saint-Charles*, *R.* 521.
4. CE 11 mai 1984, *Société Delmas-Vieljeux*, CE 22 juin 1984, *Société Sealink U.K. limited*, CE 27 juill. 1984, *Lebeaud*, *AJDA* 1984.706, note J. Moreau (affaires concernant des blocages de ports par des mouvements de grèves).
5. CJCE 9 déc. 1997, *Commission c/République française*, *RFDA* 1998.931, et *ibid.*, p. 120, L. Dubouis, « La « guerre de la fraise » : l'impuissance publique sous la toise du droit communautaire » ; J. Adriantsimbazovina, « Quel avenir pour la jurisprudence Couitéas ? », *DA* oct. 1998, p. 4.À l'origine de l'action engagée contre la France, il y avait, selon la Commission, des « plaintes dénonçant la passivité des autorités françaises face à des actes de violence commis par des particuliers et par des mouvements revendicatifs d'agriculteurs français à l'encontre de produits agricoles en provenance d'autres États membres » ; la France, en défense, insistait notamment sur la nécessité de reconnaître aux autorités de police un pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu d'intervenir ; elle ajoutait que l'État ne manque pas d'indemniser les victimes des infractions ; cela n'a pas empêché la Cour de constater le manquement de la France à ses obligations relatives à la libre circulation des marchandises, pour ne pas avoir pris pendant plusieurs années des mesures appropriées.

semble pas que cet arrêt soit « porteur d'une révolution juridique » [1], pourrait être mise en cause, en supposant qu'elle existe vraiment, une certaine tendance à admettre trop largement les refus d'intervention. Elle l'est également aujourd'hui par le biais du référé-liberté dès lors qu'il est admis que le refus d'accorder le concours de la force publique peut porter une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale [2].

– En cas de **« défaut d'application d'une réglementation »**, *pour des motifs d'intérêt général,* la responsabilité de l'Administration peut être également engagée à l'égard des personnes qui subissent de ce fait un dommage anormal [3]. Elle peut l'être, d'une manière générale, pour les conséquences dommageables de **règlements régulièrement édictés** [4] **ou décisions non réglementaires également régulières** [5]**.**

– L'*État législateur* est resté longtemps irresponsable, sur le fondement du caractère même de la loi : expression de la volonté générale, et s'imposant à tous, elle ne paraissait pas susceptible de causer des dommages identifiables pour un particulier. Cependant, l'application du principe d'égalité devant les charges publiques a conduit le Conseil d'État à reconnaître la **responsabilité du fait des lois** [6] *:* il s'agit encore d'une responsabilité sans faute [7]. Plusieurs décisions de la première moitié du XXe siècle, et principalement l'arrêt *La Fleurette* de 1938, ont admis l'ouverture d'un droit à indemnité en réparation des conséquences dommageables d'une loi ; une décision ultérieure de 1944 a confirmé cette éventuelle responsabilité avant qu'elle ne soit admise aussi, en 1963, pour les dommages résultant de la mise en œuvre d'une ordonnance [8]. Longtemps enfermée dans des conditions restrictives qui faisaient qu'elle n'était que très exceptionnellement engagée, elle paraît aujourd'hui susceptible d'évoluer plus favorablement.

Selon une jurisprudence traditionnelle, dans le silence de la loi, le juge administratif s'attachait à déterminer si le législateur avait ou non entendu exclure toute indemnisation. Le plus souvent, il concluait à l'exclusion. Aucune indemnisation n'était justifiée dès lors que les dispositions législatives visaient à satisfaire l'intérêt général, ce qui recouvrait l'intérêt économique, fondement de nombreuses lois aux effets rigoureux, mais aussi

---

1. J.-Cl. Bonichot, « Devoir d'agir ou droit de ne pas agir : l'État entre les exigences de l'ordre public et celle du droit européen », *AJDA* 20 juill. 1999, nº spécial *Puissance ou impuissance publique ?*, p. 86.
2. V. CE 21 nov. 2002, *Gaz de France*, *AJDA* 2002.1368 (ordonnance du juge des référés enjoignant au préfet de police de Paris de prendre les mesures nécessaires à l'exécution d'une décision du juge judiciaire ordonnant l'expulsion de squatters d'un immeuble appartenant au requérant).
3. CE 7 mai 1971, *Ministre de l'Économie et des Finances et ville de Bordeaux c/Sastre*, *R.* 334, *RDP* 1972.443, note M. Waline.
4. CE 22 févr. 1963, *Commune de Gavarnie*, *AJDA* 1963.208, chron. Gentot et Fourré.
5. CE 31 mars 1995, *M. Lavaud*, *AJDA* 1995.422, chron. Touvet et Stahl.
6. Dans les cas évidemment où la loi ne prévoit pas elle-même une indemnisation — À propos d'une telle loi, v. note M. Deguergue, sous CE 22 oct. 2003, *M. Paquet*, *AJDA* 2004.501, concernant les indemnisations prévues par la loi du 10 juillet 2000 qui a supprimé le monopole des commissaires-priseurs.
7. Contestant cette analyse et soutenant que le régime de responsabilité ici « n'est pas fondé sur le principe de l'égalité devant les charges publiques, mais sur la volonté du législateur » : C. Broyelle, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 236, 2003.
8. CE 14 janv. 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »*, *R.* 25, *GAJA* nº 52 ; CE 21 janv. 1944, *Caucheteux et Desmonts*, *R.* 22 ; CE 25 janv. 1963, *Ministre de l'Intérieur c/Bovero*, *AJDA* 1963.203.

l'intérêt social ou encore, par exemple, la préservation des espèces animales [1]. Tel n'est plus le cas. Désormais, « le silence d'une loi sur les conséquences que peut comporter sa mise en œuvre, ne saurait être interprété comme excluant, par principe, tout droit à réparation des préjudices que son application est susceptible de provoquer » [2]. Seuls sont pris en compte les *caractères du préjudice :* comme toujours en matière de responsabilité sans faute, il doit en particulier revêtir un *« caractère grave et spécial »*.

Une **question nouvelle** se pose depuis quelques années. Comment réparer les préjudices susceptibles d'être causés par la **violation du droit communautaire**, et notamment par la *non-transposition par le législateur d'une directive ?* Selon la CJCE, il doit y avoir réparation dans le cadre du droit national de la responsabilité [3]. Or, précisément, dans ce cadre, en France tout au moins, la réponse ne va pas de soi. La jurisprudence *La Fleurette*, avec ses conditions (qui sont celles de la responsabilité sans faute), est inappropriée et le Conseil d'État semble très réticent à admettre une responsabilité pour faute du législateur, ce que montre un arrêt rendu sur recours de fabricants et fournisseurs de tabac [4] : ceux-ci se plaignaient d'un arrêté ministériel ayant, en vertu d'un décret d'application d'une loi, fixé le prix du tabac ; ils estimaient la loi contraire à une directive et demandaient réparation du manque à gagner consécutif à un prix du tabac, selon eux, trop bas. Le Conseil d'État admet la violation du droit communautaire par la loi et considère que le règlement pris pour son application est dépourvu de base légale. Ce règlement apparaît en conséquence comme le fait générateur du préjudice et il peut y avoir indemnisation sans que le législateur ne soit mis en cause — le pouvoir réglementaire aurait dû ne pas appliquer la loi ; qui plus est, il a commis une faute en l'appliquant ! Par ce raisonnement subtil et paradoxal, a pu être esquivée la question de la responsabilité du fait de la loi. Reste qu'elle ne pourra pas toujours l'être ainsi. Quelle sera la solution en l'absence de tout « acte administratif écran » et donc en cas de carence pure et simple du législateur qui n'a pas transposé une directive ? [5]

---

1. Dans ce dernier exemple, la jurisprudence avait évolué et admis une indemnisation jusque là rejetée : CE 30 juill. 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, *RFDA* 2004.144, concl. F. Lamy, note P. Bon (indemnisation d'exploitants de pisciculture qui invoquaient les dommages causés à leurs élevages par la prolifération de grands cormorans dont la destruction avait été interdite en application de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature — l'objet d'intérêt général de la loi étant de préserver les espèces animales risquant de disparaître, les dommages invoqués, s'ils en sont la conséquence, sont étrangers à cet objet). Il n'empêche que la référence faite à l'intérêt général apparaissait paradoxale et restait très critiquée : censée à l'origine justifier une indemnisation, elle servait finalement à l'écarter quasiment toujours dès lors que la loi, par définition, sert l'intérêt général (V. note P. Bon).

2. CE 2 nov. 2005, *Sté coopérative agricole Ax'ion*, *AJDA* 2006.142, chron. C. Landais et F. Lenica.

3. CJCE 19 nov. 1991, *Francovich et Bonifaci*, *AJDA* 1992.143, note P. Le Mire. La Cour a encore précisé les conditions de la responsabilité de l'État législateur dans un arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, *RFDA* 1996.583, étude de L. Dubouis ; et D. Simon, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire », *AJDA* 1996. 489.

4. CE 28 févr. 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, *AJDA* 1992.210, concl. M. Laroque.

5. Pour une affaire sans « acte administratif écran » : CAA Paris, 1er juill. 1992, *Société Jacques Dangeville*, *AJDA* 1992.768, obs. X. Prétot ; *Droit fiscal*, 1992, nº 1655, concl. Bernault. Cette décision, qui avait admis une responsabilité pour faute du fait de la loi, a été cassée pour des raisons de procédure par un arrêt du 30 octobre 1996, *min. du Budget c/SA Jacques Dangeville*, de telle sorte que le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la question de la responsabilité de l'État législateur : *RFDA* 1997.1056, concl. G. Goulard ; et *ibid.*, p. 1016, G. Alberton, « Le régime de la responsabilité du fait des lois confronté

– L'extension aux **conventions internationales** de la solution déjà retenue en matière législative date de 1966 [1]. Le Conseil d'État s'exprime en ces termes : « La *responsabilité de l'État* est susceptible d'être engagée, sur le fondement de l'*égalité des citoyens devant les charges publiques,* pour assurer la *réparation de préjudices nés de conventions* conclues par la France avec d'autres États et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne, à la condition, d'une part, que ni la convention elle-même ni la loi qui en a éventuellement autorisé la ratification ne puissent être interprétées comme ayant entendu exclure toute indemnisation et, d'autre part, que le *préjudice* dont il est demandé réparation soit d'une *gravité suffisante* et présente un *caractère spécial* ». Si l'affaire à l'origine du revirement de jurisprudence ne concerne que les conventions internationales, rien ne paraît exclure qu'un même traitement soit réservé aux **actes de gouvernement**. Plus encore qu'en matière législative, l'engagement effectif de la responsabilité de l'État a cependant toujours été exceptionnel, rarissime [2].

---

au droit communautaire : de la contradiction à la conciliation ? ». V. aussi les analyses de C. Broyelle, citée p. 590, note 7.

1. CE 30 mars 1966, *Cie générale d'énergie radio-électrique*, *RDP* 1966.774, concl. M. Bernard ; *GAJA* n° 85.

2. Une application positive de la jurisprudence de 1966 est intervenue en 1976 (CE 29 oct. 1976, *Consorts Burgat* ; *RDP* 1977.213, concl. Massot) ; une autre en 2004 (CE 29 déc. 2004, *Almeyrac*, *RFDA* 2005.586, concl. J.-H. Stahl, *AJDA* 2005, chron. C. Landais et F. Lenica).

Chapitre 2

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité

La mise en œuvre de la responsabilité administrative exige un certain nombre de conditions concernant le *préjudice* subi par la victime (§ 1) ainsi que son *imputabilité* à l'Administration (§ 2) ; elle obéit à divers règles relatives, notamment, à l'*indemnisation* (§ 3).

§ 1. La nature du préjudice indemnisable

Pour être réparable, le préjudice ne doit pas seulement être anormal [1]. Il doit encore présenter plusieurs caractères.

a) Il doit être **certain et réel**. Le juge admet la réparation d'un préjudice effectivement réalisé et aussi d'un *préjudice futur* dans la mesure où existent des « chances sérieuses » de réalisation. Un préjudice simplement éventuel n'est pas pris en considération.

L'appréciation de la *réalité du préjudice* peut être délicate lorsqu'interviennent des considérations d'ordre éthique : tel est le cas lorsque les juges sont confrontés au problème de savoir si la naissance d'un enfant peut être constitutive d'un préjudice. Diverses affaires relatives à l'échec d'un avortement ou d'une stérilisation, ou aux conséquences de la réalisation défectueuse d'un diagnostic prénatal, ont conduit le juge administratif à préciser les conditions de l'existence d'un préjudice indemnisable. Dans des arrêts de 1982 et 1989 [2], le Conseil d'État a considéré que la naissance d'un enfant à la suite de l'échec d'un avortement n'est pas constitutive d'un préjudice réel sauf en cas de faute lourde du médecin, et lorsque l'enfant est atteint d'une malformation imputable à l'intervention

1. L'anormalité est une notion clé en toutes hypothèses de responsabilité. Dans le cas de la responsabilité pour faute, elle se situe au niveau du « fait générateur » : il n'est pas normal qu'il y ait eu faute. Dans le cas de la responsabilité sans faute, elle se situe au niveau du préjudice lui même, subi par la victime : il doit, pour l'essentiel, être suffisamment spécial et grave (V. M. Rougevin-Baville, cité p. 573, note 1 : alors que l'on tend encore souvent à parler de préjudice « anormal et spécial », il en ressort qu'il est plus exact de dire que le préjudice doit être anormal et qu'il l'est notamment s'il apparaît spécial et grave). Sur les diverses questions concernant le préjudice, v. I. Poirot-Mazères, « La notion de préjudice en droit administratif français », *RDP* 1997.519.

2. CE 2 juill. 1982, *Mlle R.*, *AJDA* 1983.206, obs. J.-C. ; CE 27 sept. 1989, *Mme K.*, *AJDA* 1989.776, chron. E. Honorat et E. Baptiste.

pratiquée. Il a par ailleurs admis en 1997 [1] l'indemnisation des préjudices entraînés, pour les parents, par la naissance d'un enfant trisomique à la suite d'une faute dans le diagnostic prénatal (ayant induit les parents en erreur) ; en revanche, tout en allouant une indemnisation large aux parents, assortie d'une rente pendant toute la durée de vie de l'enfant, il n'a pas accordé d'indemnité à l'enfant, considérant que son infirmité est inhérente à son patrimoine génétique et ne constitue donc pas un préjudice ayant un lien de causalité direct avec la faute commise. La Cour de cassation n'a pas adopté la même démarche. Dans un arrêt du 17 novembre 2000, *Perruche*, elle a admis l'indemnisation d'un enfant handicapé. Dès lors que des fautes commises dans des analyses pendant la grossesse (recherche de la rubéole) ont empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, afin d'éviter la naissance d'un enfant handicapé, celui-ci, affirme la Cour, « peut demander la réparation du préjudice résultant d'un handicap et causé par les fautes retenues ». Le lien de causalité ainsi établi et les effets de cette jurisprudence sur la responsabilité des médecins ont donné lieu à de nombreuses controverses. Suite à ces débats, le législateur est intervenu en introduisant des dispositions dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le texte va à l'encontre de la jurisprudence « Perruche » et est plus restrictif que la jurisprudence du Conseil d'État : *seuls les parents* peuvent demander une indemnité en cas de handicap non décelé en raison d'une *faute caractérisée*, et *sans que leur préjudice puisse inclure toutes les charges particulières découlant du handicap de l'enfant* [2]. Cependant, la loi dispose ensuite que toute personne handicapée a droit à « la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale ». Cela soulève évidemment la question de l'efficacité de la politique d'aide aux handicapés [3]. *Quant à la personne née avec un handicap,* la loi, après avoir affirmé que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », prévoit néanmoins son indemnisation lorsqu'une faute médicale « a provoqué *directement* le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer » (cas de figure qui était celui de la jurisprudence du Conseil d'État de 1989 relative à une interruption volontaire de grossesse).

b) Le préjudice doit constituer une atteinte sinon à un droit, du moins à un **intérêt juridiquement protégé**. Ne peut être indemnisé un préjudice intervenu dans le cadre d'une activité illicite de la victime [4].

---

1. CE 14 févr. 1997, *Centre hospitalier régional de Nice c/Époux Quarez*, *RFDA* 1997.374, concl. V. Pécresse.
2. V., faisant application de ce texte (en reconnaissant une « faute caractérisée ») : CE 19 févr. 2003, M. *et Mme Maurice, AP-HP*, *AJDA* 2003.854, note M. Deguergue (erreur de diagnostic prénatal suite à l'inversion des résultats d'analyses pratiquées sur deux patientes) — La loi prévoyant qu'elle s'appliquait aux instances en cours, s'est posé le problème de sa compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme : le Conseil d'État avait admis cette compatibilité, dans un avis contentieux du 6 décembre 2002 ; mais, saisie par les parents concernés, la CEDH a jugé que tel n'est pas le cas et a condamné la France (CEDH 6 oct. 2005, *Draon c/France et Maurice c/France*, *AJDA* 2005.1924) ; en conséquence, le Conseil d'État, tout comme la Cour de cassation, après avoir rappelé les dispositions de la loi nouvelle, a considéré qu'elle « a porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents... (pouvaient espérer avant son entrée en vigueur) » et donc qu'elle ne pouvait s'appliquer aux instances en cours (CE 24 fév. 2006, M. *et Mme Levenez*, *AJDA* 2006.1272, note S. Hennette-Vauchez).
3. Est intervenue (avec beaucoup de retard), la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées (*JO* 12 févr. 2005). Reste à savoir ce que donnera concrètement sa mise en œuvre.
4. CAA de Marseille, 21 fév. 2005, *Cie AXA France*, *AJDA* 2005.2250, note N. Albert (affaire *de la paillotte « Chez Francis »*) : l'occupant sans titre du domaine public n'a aucun droit de propriété sur

c) Le préjudice doit enfin être **appréciable en argent**. Le juge a admis la réparation de préjudices matériels (atteintes au patrimoine) et aussi de *préjudices moraux*. Longtemps, il n'a pris en considération que certains de ceux-ci : les souffrances physiques, le préjudice esthétique, les atteintes à la réputation, les « troubles dans les conditions d'existence » (par exemple, pour des enfants qui perdent leurs parents), ou encore la « perte d'une chance » [1]. Mais la seule *douleur morale* n'était pas indemnisée, en raison du fait que « les larmes ne peuvent se monnayer » [2]. Par un arrêt de 1961, le Conseil d'État a modifié cette jurisprudence très critiquée et reconnu un droit à réparation [3] : la douleur morale d'un père « résultant de la disparition prématurée de son fils est par elle-même génératrice d'un préjudice indemnisable ». Toutefois, les indemnités accordées par le juge administratif, variables selon les situations, sont souvent assez symboliques.

§ 2. L'IMPUTABILITÉ DU PRÉJUDICE

L'Administration est tenue de réparer les dommages causés par des *personnes* placées sous son autorité ou par des *choses* dont elle est propriétaire ou gardienne. Divers éléments interviennent dans la détermination de la responsabilité.

a) Pour qu'un préjudice soit réparable par l'Administration, il est nécessaire qu'il soit l'effet d'une activité publique qui en est la cause. Plusieurs conceptions sont possibles quant à la recherche de ce **lien de causalité**. Le juge aurait pu admettre l'*équivalence des conditions* : toutes les conditions qui ont concouru à la réalisation d'un dommage auraient été considérées comme des causes de celui-ci. Mais la jurisprudence administrative n'a pas retenu cette thèse, lui préférant la théorie de la *causalité adéquate* : le fait incriminé est considéré comme la cause du dommage si ce dernier en est la conséquence *normale*, ce qui suppose une relative proximité, dans le temps et dans l'espace, entre la cause retenue et la conséquence qu'il s'agit de réparer. La solution de chaque espèce est pragmatique et nuancée, laissant place parfois à la critique ou à l'incompréhension. S'il paraît évident, par exemple, qu'une autorisation de port d'arme ne peut être considérée comme la cause directe d'un crime, ou encore que l'obligation faite à un boucher d'ouvrir son magasin un certain jour n'a pas de relation directe avec le coup de couteau donné par un client au boucher ce jour-là [4], en revanche, il est plus difficile d'apprécier le lien entre l'inexécution d'un arrêté d'expulsion d'un étranger et un délit commis par celui-ci sur le territoire national ou entre l'évasion d'un détenu et les crimes commis par ce condamné « en cavale » [5]. Il est clair, en tout cas, que le juge ne condamne l'Administration à réparer que le **préjudice direct** [6].

---

l'immeuble qu'il y a construit et ne saurait être indemnisé suite à son incendie – même si cet incendie a été allumé sur ordre d'un préfet, par ailleurs, déjà condamné pénalement.

1. V. *supra*, p. 577, note 2.
2. CE 29 oct. 1954, *Bondurand*, *D.* 1954.767, concl. Fougère (contraires), note A. de Laubadère.
3. CE 24 nov. 1961, *Letisserand*, *RDP* 1962.330, note M. Waline ; *GAJA*, n° 81.
4. CE 21 mars 1969, *Ministre de l'Intérieur c/Montreer*, *R.* 186 ; CE 7 janv. 1953, *Beaurain*, *R.* 3.
5. CE 20 nov. 1985, *Ministre de l'Intérieur c/M. Ibanez*, *AJDA* 1986.114 ; et 10 mars 1985, *Mm É. Ramade*, *AJDA* 1985.568 (dans cette affaire, le Conseil d'État ne reconnaît pas l'existence d'un lien de causalité, car le détenu devait être libéré à une date antérieure à celle de ses nouveaux délits).
6. En tant que juge de cassation, le Conseil d'État, s'il ne contrôle pas l'existence du lien de causalité, exerce un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation de son caractère « direct » (CE 23 juill. 2003, *M. David B.*, *AJDA* 2003.2274, concl. I. de Silva).

b) L'Administration peut bénéficier de certaines **causes d'exonération**, totale ou partielle.

Ainsi la responsabilité est *écartée* en cas de **force majeure** : événement extérieur à l'activité administrative et présentant un caractère imprévisible et irrésistible (le dommage était inévitable) [1]. Cependant, la responsabilité peut n'être qu'atténuée pour cette cause lorsque l'attitude de l'Administration a aggravé les conséquences de la force majeure.

En outre, la responsabilité est *atténuée ou écartée* dans trois hypothèses :

– **cas fortuit**, c'est-à-dire fait imprévisible mais rattaché au fonctionnement du service (par exemple, défaut d'une pièce mécanique nécessaire au fonctionnement d'un engin de lutte contre l'incendie) ; toutefois, le cas fortuit n'exerce aucune influence dans le cas de la responsabilité sans faute [2] ;

– **faute de la victime** elle-même, celle-ci ayant éventuellement concouru à la réalisation du dommage, soit totalement, soit partiellement ;

– **faute d'un tiers** (sauf en matière de responsabilité sans faute) ; les responsabilités n'étant pas solidaires, la victime ne peut demander à l'Administration la totalité de la réparation et elle doit, le cas échéant, agir parallèlement contre l'Administration et le tiers.

Les affaires dans lesquelles interviennent diverses responsabilités sont parfois extrêmement complexes. Ainsi en a-t-il été de l'affaire du dancing « Cinq Sept » concernant un incendie [3] : le Conseil d'État a considéré que, malgré une faute lourde du maire, les fautes des sociétés gérantes et des constructeurs du dancing ont été déterminantes et la commune n'a pas été condamnée.

c) Enfin se pose le problème de la **détermination de la personne publique** qui doit supporter la charge de la réparation.

– Le principe est que la personne publique responsable est celle qui gère le service dont le fonctionnement a causé un dommage.

– Mais un service peut être confié, en collaboration, à plusieurs personnes publiques : par exemple, l'entretien de routes communales fait souvent intervenir le service départemental de l'équipement, l'action contre les avalanches relève à la fois de l'État et de la commune, etc. [4] Le juge recherche quelle est l'autorité principalement responsable mais peut admettre un partage de responsabilité entre les diverses personnes publiques [5].

---

1. V., par exemple, E. Le Cornec, « Responsabilité administrative et force majeure. Les autorités de l'urbanisme face aux risques naturels », *AJPI* 1999.198. Note critique sur la négation du caractère de force majeure (par CAA Lyon, 13 mai 1997, *Balusson*) du débordement d'un torrent qui détruisit en 1987 le camping du Grand-Bornand en Haute-Savoie et fit 23 victimes, compte tenu de précédents au cours du XIX[e] siècle et en 1936.

2. V. P. Segur, « Le cas fortuit en droit administratif ou l'échec d'une construction doctrinale », *AJDA* 1994.171 (il montre la « désuétude progressive du cas fortuit » dans la jurisprudence).

3. CE 7 mars 1980, *SARL Cinq Sept*, *AJDA* 1980.423, note P. Albertini.

4. CE 14 mars 1986, *Communauté urbaine de Lyon c/Société Sapi* ; même date, *Commune de Val d'Isère c/Bosvy*, *AJDA* 1986.337, chron. M. Azibert et M. Fornacciari (sur la lutte contre l'incendie, en cause dans le 1[er] de ces arrêts, v. désormais la loi du 3 mai 1996 relative aux services d'incendie et de secours) (*JO* 4 mai 1996).

5. Le cas de la justice est particulier. Alors même que les activités juridictionnelles peuvent être exercées par des personnes morales autres que l'État, elle est toujours « rendue de façon indivisible au nom de

– Une autorité administrative exerce parfois des compétences à plusieurs titres (*dédoublement fonctionnel*). Ainsi le maire agit en général au nom de la commune et, plus rarement, au nom de l'État. Avant 1982, le préfet était à la fois le représentant de l'État et l'autorité exécutive du département. Selon la compétence exercée, l'acte et ses suites (éventuellement, la réparation du dommage qu'il a créé), sont imputés à l'une des personnes publiques.

– En matière de police administrative, le problème de l'imputation se pose lorsque dans une commune le personnel est *étatisé*. La loi du 7 janvier 1983 relative aux compétences des collectivités locales (CGCT, art. L.2216-2) établit le principe de la responsabilité de la commune, dans tous les cas, pour les dommages résultant de l'exercice des pouvoirs de police municipale. La responsabilité de la commune ne peut être atténuée qu'en cas de faute d'un agent ou d'un service ne relevant pas de la commune (et dans la mesure où une autre personne morale a été mise en cause).

– Si le pouvoir de substitution intervient dans des hypothèses variées, son exercice met fréquemment en relation l'État et la commune en matière de police. Le maire est défaillant ; par voie de conséquence et après mise en demeure, le préfet agit à sa place. Si un préjudice naît de cette action, c'est la commune qui est responsable (et non l'État). Toutefois, la collectivité décentralisée dispose d'une action récursoire en cas de faute de l'autorité qui se substitue à elle [1]. De plus, la responsabilité (directe en quelque sorte) de l'État est seule engagée si ses représentants ont négligé ou refusé d'exercer le pouvoir de substitution [2]. Enfin, « la commune voit sa responsabilité supprimée ou atténuée lorsqu'une autorité relevant de l'État s'est substituée, dans des hypothèses ou selon des modalités non prévues par la loi, au maire pour mettre en œuvre des mesures de police » [3].

§ 3. Les règles relatives à l'indemnisation

Peuvent donner lieu à réparation non seulement les préjudices causés aux victimes directes (« immédiates »), mais aussi ceux que subissent les personnes ayant un lieu avec une victime immédiate : ce sont des victimes « par ricochet ».

Il est à noter qu'en cas de décès d'une victime il y a transmission à ses héritiers de son droit à réparation, aussi bien pour les préjudices matériels que pour les préjudices moraux. Quant à ces derniers, le Conseil d'État a admis en 2000 la transmission du droit à réparation même dans le cas où la victime n'avait pas engagé une action en réparation avant son décès [4].

Certaines conditions doivent être remplies pour que le recours de la victime d'un dommage soit considéré comme recevable et qu'elle puisse obtenir la réparation pécuniaire à laquelle elle prétend.

---

l'État » et sous sa seule responsabilité : CE 27 févr. 2004, *Mme Popin*, *AJDA* 2004.672, concl. R. Schwartz (à propos d'une sanction infligée par un conseil d'administration d'université, constitué en formation disciplinaire).

1. CE 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*, *R.* 310 ; 5 déc. 1958, *Commune de Dourgne*, *R.* 606.
2. CE 14 déc. 1962, *Doublet*, *R.* 680.
3. Il en va de même pour le département, lorsqu'il y a substitution au président du conseil général (CGCT, art. L. 3143-1).
4. CE 29 mars 2000, *AP-HP c/Jacquié*, *RFDA* 2000.850, concl. D. Chauvaux.

a) Le recours en indemnité est soumis à la **règle de la décision préalable**. Survivance de l'ancienne jurisprudence du ministre-juge, cette règle signifie que la victime d'un dommage ne peut saisir directement le juge mais doit, d'abord, adresser une demande de réparation à l'Administration. Ce recours administratif permet un préliminaire de conciliation et sert à déterminer les éléments du litige en même temps qu'à faire courir les différents délais. D'une part, le délai de recours contentieux est de deux mois à compter de la notification à l'intéressé de la décision attaquée. D'autre part, l'Administration est considérée, en cas de silence de sa part pendant deux mois, avoir pris une décision implicite de rejet. Celle-ci ne fait pas courir le délai de deux mois qui, contrairement aux règles applicables au recours pour excès de pouvoir, ne vaut qu'en cas de décision expresse.

La règle de la décision préalable *ne s'applique pas au contentieux des travaux publics.*

b) Sauf exception [1], les victimes sont soumises à la règle (qui n'est pas propre au contentieux de la responsabilité) de la **prescription quadriennale** qui, instituée par une loi de 1831, était traditionnellement appelée « *déchéance quadriennale* ». Actuellement régie par une loi de 1968 modifiée par un décret du 11 février 1998, cette prescription intervient pour les créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. La loi prévoit des cas d'interruption du cours de la déchéance, notamment en raison de faits de l'Administration (inertie, mauvaise volonté), et le Conseil d'État a admis que les ministres étaient libres d'apprécier l'opportunité d'opposer la déchéance aux créditeurs.

c) L'indemnité a longtemps été calculée en fonction d'une évaluation du préjudice au jour de son apparition et non au jour de jugement. Mais, dès 1947 [2], pour éviter des iniquités dues à la lenteur de la justice et à l'inflation monétaire, le juge a assoupli l'application du principe. En cas de *dommages matériels* (causés à des biens), alors que la victime est supposée reconstituer son bien immédiatement après le dommage, il admet la possibilité d'obstacles essentiellement financiers à cette reconstitution et il tend à évaluer le préjudice à la date du jugement. En cas de *dommages corporels* (causés à des personnes), la date d'évaluation du préjudice est celle du jugement, étant entendu qu'il est tenu compte du retard éventuel imputable au requérant dans la fixation définitive de l'indemnité ou des faits qui, depuis l'intervention du dommage, ont pu l'atténuer.

L'**indemnisation** est effectuée en capital ou en rente. En principe, elle couvre l'intégralité du préjudice (sauf cause d'exonération) mais uniquement dans les limites de la requête. Le juge ne peut statuer *ultra petita* et condamner l'Administration à une indemnité supérieure à celle qui est demandée [3].

---

1. En matière de responsabilité médicale, la loi du 4 mars 2002 (art. L. 1142-28 du Code de la santé publique) précise que les actions contre les professionnels ou établissements de santé « se prescrivent par *dix ans* à compter de la consolidation du dommage ». V., concernant le point de départ de ce délai, CE 27 juin 2005, *Consorts R.*, *AJDA* 2005.2301, concl. D. Chauvaux.
2. CE 21 mars 1947, *Veuve Aubry*, *Veuve Lefèvre*, et *Veuve Pascal* (3 arrêts), *R.* 122 et *RDP* 1947.198, note G. Jèze ; *GAJA*, n° 61.
3. Le montant de tout préjudice dont il est demandé réparation devant le juge doit être chiffré par le requérant dans son recours. En appel, il lui est possible de réévaluer sa demande si l'étendue réelle d'un dommage n'a été connue que postérieurement au jugement de première instance (CE 8 juill. 1998, *Département de l'Isère*, *AJDA* 1998.797).

Le Conseil d'État veille à ce qu'il soit tenu compte des effets de l'inflation : il affirme, en effet, qu'aucune disposition législative n'interdit au juge, qui est tenu d'assurer une réparation intégrale du préjudice quelles que soient les circonstances économiques, d'indexer les rentes qu'il accorde [1].

Dans certaines matières, la réparation est fixée forfaitairement par des dispositions législatives, notamment les pensions d'invalidité des fonctionnaires [2]. Assez souvent, le juge ne fixe que la proportion de la responsabilité de l'Administration et renvoie la victime devant celle-ci pour la liquidation de l'indemnité. Malgré une possibilité de recours devant le juge, la victime peut être défavorisée par cette procédure.

Les indemnités versées aux victimes de dommages causés par l'Administration sont restées longtemps assez faibles. La préoccupation de préserver les deniers publics appartenait autant au juge administratif qu'à l'Administration. Mais la jurisprudence révèle un progrès de l'indemnisation qui s'ajoute à l'ouverture très large de la responsabilité publique pour faire de ce régime un système général assez favorable aux administrés. De plus, des améliorations ont été apportées par la loi du 16 juillet 1980 : ce texte fixe notamment des délais pour l'ordonnancement des sommes résultant de condamnations pécuniaires infligées aux collectivités publiques [3].

---

1. CE 12 juin 1981, *Centre Hospitalier de Lisieux c/Harel*, *R.* 262.
2. Une règle dite du « forfait de pension » a conduit à exclure en conséquence, pour les fonctionnaires, l'application du régime général de responsabilité de l'Administration. Ils ne pouvaient alors prétendre à aucune réparation autre que celle de leur pension (relative aux seuls préjudices corporels), alors même que celle-ci ne couvrait pas l'intégralité de leur préjudice. Sans abandonner cette règle très criticable, le Conseil d'État ouvre désormais aux fonctionnaires la possibilité de demander réparation du préjudice non couvert par la pension — En invoquant une faute de l'administration ou même sans faute, dans le prolongement de la jurisprudence *Cames* concernant les risques professionnels : CE 4 juill. 2003, *Mme Moya-Caville*, *RFDA* 2003.991, concl. D. Chauvaux, note P. Bon ; *AJDA* 2003.1598, chron. F. Donnat et D. Casas.
3. V. dossier 2, p. 65.

POUR APPROFONDIR

RESPONSABILITÉ PUBLIQUE ET RESPONSABILITÉ PRIVÉE

L'une des questions que pose la responsabilité est celle de l'autonomie respective de ses deux branches : la responsabilité publique, engagée devant les tribunaux administratifs, et la responsabilité privée dont connaissent les tribunaux judiciaires.

Souvent les théoriciens du droit public ont affirmé la **pleine autonomie de la responsabilité des personnes publiques** par rapport à celle des personnes privées. Cette autonomie serait démontrée par l'existence de *règles spéciales* portant sur des *questions essentielles* et présentant un *haut degré d'originalité*. Tel n'est pas l'avis du professeur René Chapus qui a remarquablement analysé les rapports entre les deux responsabilités et dégagé le droit positif issu de la jurisprudence dans son ouvrage : *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 8,1957. Par l'étude comparée des deux régimes et de leur évolution, il relève finalement l'**unité de la nature juridique et du fondement des deux responsabilités**.

Voir p. 557, la conclusion :

> 54 Vue générale du sujet — Si les positions des jurisprudences administrative et judiciaire ne sont pas, ou ne sont pas encore en complète harmonie, la différenciation qui les affecte ne touche, comme on vient de le relever (voir conclusion III) que des points de détail. Elle n'imprime pas à l'une de ces positions un caractère d'originalité foncière par rapport à l'autre ; dans les limites où nous les avons étudiées, nous avons pu constater l'unité de la nature juridique et du fondement de la responsabilité publique et de la responsabilité privée (voir conclusion II). Enfin, les juridictions administrative et judiciaire déterminent, d'une façon très générale, en vertu de principes communs, la frontière des domaines d'application de leur jurisprudence (voir conclusion I).
>
> L'affirmation de l'autonomie, entendue comme une originalité fondamentale, ou même seulement très poussée, de la responsabilité des collectivités publiques par rapport à celle des personnes privées ne peut donc être retenue comme l'expression du droit positif : non seulement la responsabilité des collectivités publiques est engagée aussi souvent devant la juridiction judiciaire que devant la juridiction administrative, et par suite aussi souvent en application des règles de la responsabilité privée qu'en application de celles de la responsabilité publique, mais encore ces règles, qui sont appliquées par la juridiction administrative, sont extrêmement proches de celles qu'applique la juridiction judiciaire.
>
> Cette harmonie que l'on a ainsi constatée entre les solutions que les juridictions administrative et judiciaire ont apportées aux problèmes qui leur sont communs n'a cessé de se préciser et de s'étendre, à un rythme d'ailleurs de plus en plus rapide, par le ralliement de l'une des juridictions aux positions de l'autre. Les influences qui se sont ainsi exercées de l'une à l'autre des jurisprudences (et surtout de la jurisprudence judiciaire sur celle du Conseil d'État) et qui, portant l'attention d'une juridiction sur les mérites des règles appliquées par l'autre, sont pour une part notable à l'origine de la communion actuelle des jurisprudences, sont tout à fait remarquables. On doit y voir l'une des caractéristiques essentielles de l'état actuel de la question des rapports des responsabilités publique et privée, — l'autre étant leur harmonie essentielle quant aux problèmes de la nature juridique et du fondement des types de responsabilités qui leur sont communs.

L'une des différences notables concerne les genres de responsabilité.

Voir p. 200 :

> 1 Plan de la seconde Partie — On distingue en droit privé trois genres de responsabilités : la responsabilité du fait personnel, prévue par les articles 1382 et 1383 du Code civil qui est celle où la personne dont la responsabilité est engagée a causé par son propre fait le dommage qu'elle doit réparer ; la responsabilité du fait d'autrui, prévue par l'article 1384 du Code civil, alinéas 4, 5 et 6, qui est celle où le responsable répond d'un dommage qui a été en fait causé par une autre personne ; enfin la responsabilité du fait des choses, régie par l'article 1384 du Code civil, alinéa 1er, auquel on peut ajouter les articles 1385 et 1386 du Code civil qui précisent l'existence ou les conditions de cette responsabilité dans deux cas particuliers.
>
> Le droit public de la responsabilité ne connaît que deux de ces responsabilités ; la première n'y a pas de place, pour cette raison que les juridictions administratives ne connaissent très généralement que de la responsabilité de personnes morales, les collectivités administratives, qui, étant des abstractions et non des êtres réels, ne sauraient agir elles-mêmes et répondent toujours de dommages causés ou par les individus qui en sont membres, ou par les choses qu'elles possèdent.
>
> C'est donc dans le double cadre de la responsabilité du fait d'autrui (Titre premier) et de la responsabilité du fait des choses (Titre second) que nous mènerons cette étude des principes dominants du régime de la responsabilité publique et de la responsabilité privée.

Sur la portée de la théorie de la responsabilité du fait des choses en droit public, il faut lire, en complément des développements de René CHAPUS, l'étude elle aussi classique d'André de LAUBADÈRE : « Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français », *EDCE*, n° 13, 1959.29. Pour lui, cette responsabilité ne possède ni unité, ni spécificité. Plus récemment, dans le même sens et soutenant que le droit administratif ignore le principe de la responsabilité du fait des choses : Christophe GUETTIER, dans *La responsabilité du fait des choses*, sous la direction de F. LEDUC, Économica, 1997. Voir, toutefois, Maryse DEGUERGUE (note sous l'arrêt *Marzouk*, citée *supra*, p. 578), à propos de la responsabilité des services hospitaliers du fait des produits et appareils de santé, montrant « la réalité de « l'ambiance » de la responsabilité du fait de ces choses, que sont les produits défectueux, qui a présidé à la solution de l'espèce » -- Cela, étant entendu que « la doctrine publiciste s'est traditionnellement montrée réticente envers l'idée d'une transposition possible de cette classification du droit privé au droit administratif, tenant la responsabilité du fait des choses au mieux pour une simple « rubrique », commode pour ranger dans un même tiroir les hypothèses variées de responsabilité sans faute générées par les immeubles, les travaux publics ou les armes dangereuses ».

CRISE DE LA RESPONSABILITÉ ?

Le **thème de la crise** (voir dossier 1, *Pour approfondir*) n'épargne pas la responsabilité, qu'elle soit publique ou privée. Des questions complexes se posent en effet : « qu'est-ce donc qu'être responsable ? Comment devient-on responsable ? Comment rendre le monde responsable ? Quelles doivent être les limites que nous devons imposer à notre agir ? Que devons-nous à ceux avec qui nous vivons ? Quelles règles de vie en commun voulons-nous instituer ? Voilà des questions qui restent, à bien des égards, non résolues, en tout cas juridiquement, et qui appellent de ce fait un double éclairage, sociologique et philosophique » (Olivier MONGIN, introduction à l'ouvrage de Laurence ENGEL, *La responsabilité en crise*, Hachette, coll. « Questions de société », 1995). Comme en d'autres domaines, il faut bien voir que « les mécanismes de mise en jeu de la responsabilité ne relèvent pas de la simple technique juridique : ils renvoient à une certaine conception du lien social, à une certaine façon de penser et d'organiser les rapports sociaux, comme l'a bien montré François Ewald dans son analyse de l'État providence comme avènement d'une “société assurancielle” » (Danièle LOCHAK, « Réflexion sur les fonctions sociales de la responsa-

bilité administrative », dans *Le droit administratif en mutation*, PUF, CURAPP, 1993, p. 275 ; concernant François EWALD, voir surtout les ouvrages cités, *supra*, p. 505, note 1).

La responsabilité publique, qui a connu un développement continu depuis le début du XX[e] siècle, soulève aujourd'hui des interrogations. La situation laisse apparaître des tendances contrastées. En dépit de son extension, la **responsabilité pour faute** n'est effectivement pas « absolue » : au contraire de ce que l'on pouvait croire, l'abandon de la faute lourde n'est pas à l'ordre du jour, et la carence fautive du législateur n'est toujours pas admise par le juge.

En même temps, les carences de l'État en matière de santé publique et d'environnement sont de plus en plus sanctionnées par le juge administratif, et toute action publique finit par être confrontée à un **principe de précaution** désormais au centre des réflexions. En tant que principe d'action face à des risques incertains, si ce n'est inconnus, ce principe n'a pas manqué déjà d'être invoqué dans le contentieux de la légalité, avec des succès divers. Voir, par exemple : CE 9 oct. 2002, *Union nationale de l'apiculture française*, *AJDA* 2002.1180, concl. François SENERS (pour avoir insuffisamment analysé les risques pour les abeilles de l'insectiside Gaucho, le ministre de l'Agriculture se voit enjoindre de réexaminer son refus de le retirer du marché) ; CE 31 mars 2003, *AJDA* 2003.1388, note Sabine BOUSSARD (suite de l'affaire précédente, mais rejet d'une demande de référé-suspension du même requérant) ; CE 22 août 2002, *SFR c/Commune de Vallauris* (autre rejet, en matière d'installation des antennes relais de téléphonie mobile). Le terrain de la responsabilité peut sembler devoir être tout autant concerné. Toutefois, faire du principe de précaution un élément de la responsabilisation des décideurs publics ne va pas sans présenter des difficultés (quelle obligation s'imposait ? quelle incertitude existait et à quelle date ?). La consécration constitutionnelle d'un certain principe de précaution, par le biais de la *Charte de l'environnement de 2004*, parmi d'autres « droits et devoirs », permet assurément de mieux le situer mais ne met pas fin, bien au contraire, aux interrogations sur sa portée juridique exacte, particulièrement en matière de responsabilité :

> Art. 3. (de la Charte de l'environnement) – Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.
>
> Art. 4 – Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.
>
> Art. 5 – Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Il en ressort au moins que prévention (art. 3) et précaution (art. 5) doivent être clairement distinguées. Ce n'est que s'il y a incertitude, débat scientifique ouvert, que trouve à s'appliquer le principe de précaution. Il se présente là comme un principe d'action, non comme une obligation d'abstention ou d'inaction : dans l'hypothèse visée, doivent être mises en œuvre des procédures d'évaluation, avant que ne soient adoptées certaines mesures. Quant à la responsabilité proprement dite (art. 4), la formule est large. Outre les dommages aux biens patrimoniaux et aux personnes, elle permet de viser le dommage écologique causé à des biens environnementaux qui ne feraient l'objet d'aucune appropriation (la faune sauvage, les milieux...). Voir Yves JEGOUZO, « De certaines obligations environnementales : prévention, précaution et responsabilité », *AJDA* 2005.1164 (dans un dossier sur « La Charte de l'environnement ») ; Gilles.J. MARTIN, « Principe de précaution, prévention des risques et responsabilité : quelle novation, quel avenir ? », *AJDA* 2005.2222 (dossier « Responsabilité et socialisation du risque ») ; Conseil d'État, « Rapport public 2005. Responsabilité et socialisation des risques », *EDCE* n° 56, La Documentation française, notamment p. 282, « quelles sont les conséquences, en termes de responsabilité de la puissance publique, du principe de précaution ? » (Question qui reste ouverte, dès lors

qu'« aucune décision n'a jusqu'à présent reconnu explicitement l'engagement de la responsabilité sur le fondement de la méconnaissance du principe de précaution ») -- Pour ne pas oublier la dimension communautaire, voir aussi : Agathe VAN LANG, « La directive « responsabilité environnementale » et le droit administratif : influences prévisibles et paradoxales », Environnement, 12/2005, Étude n° 32, p. 9 (Directive du 21 avril 2004).

Parallèlement, la **responsabilité sans faute,** dont la progression a été profitable aux victimes de certains dommages, soulève elle aussi des questions. Elle constitue une rupture entre deux notions qui semblent étroitement liées : responsabilité et faute. Elle repose sur l'idée d'« anormalité » d'un dommage qui exige une réparation fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques. Mais son extension conduit nécessairement à l'idée de solidarité : qui doit supporter la charge d'indemniser les préjudices excédant, par leur gravité et leur particularité, ce que les individus doivent supporter dans l'intérêt général ? Les risques divers qu'engendrent de multiples phénomènes de société se traduisent difficilement par une « responsabilité ». Ce qui est en jeu est la protection des victimes dans une *logique assurancielle.* Et la démarche du législateur, tendant à multiplier les fonds d'indemnisation, tranche l'ambiguïté que recèle une responsabilité en dehors de toute faute. Cependant surgit alors une autre problématique : jusqu'où doit s'étendre la solidarité nationale, la « socialisation des risques » ? Les enjeux sont autant financiers que conceptuels. Qu'est-ce qu'un dommage grave susceptible de réparation ? Quel coût est supportable pour la collectivité ? L'accroissement de « droits » au titre de la solidarité est en réalité tributaire d'interprétations plus politiques que juridiques.

Outre le rapport public 2005 du Conseil d'État, v. Jacques CAILLOSSE, « Droit de la responsabilité administrative et impuissance publique », *Revue politiques et management public*, vol. 19, n° 3, sept. 2001, p. 13. ; Denis de BÉCHILLON, « L'imaginaire banal de la responsabilité », revue *Critique*, nov. 2000.988 ; Olivier CAYLA, « La subversion de la responsabilité de l'État », dans Université de tous les savoirs (dir. Yves MICHAUD) vol. 3, éd., O. Jacob, 2000, p. 865.

Suscite également de multiples interrogations, le constat de « l'**irruption du juge pénal dans le paysage administratif** » (Frédéric THIRIEZ, *AJDA* 20 juill. 1999, n° spécial *Puissance ou impuissance publique*, p. 105). Deux volets sont à distinguer en la matière.

Tout d'abord, en vertu de l'article L. 121-2 du Code pénal, les personnes morales peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour les infractions commises pour leur compte par leurs organes ou représentants. Ces dispositions s'appliquent en principe aux personnes publiques (autres que l'État), étant entendu que « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégations de service public ». V. F. MEYER. « Réflexions sur la responsabilité pénale des personnes morales de droit public à la lumière des premières applications jurisprudentielles », *RFDA* 1999.920.

Ensuite, la responsabilité pénale des élus et agents publics a été de plus en plus souvent mise en cause sur le fondement de la négligence et de l'imprudence (V. X. PRÉTOT, « La responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics. À propos de l'affaire du *Stade Furiani* », *RDP* 1997.1601 ; sur l'affaire des *Thermes de Barbotan* : tribunal correctionnel de Toulouse, 19 févr. 1997, *AJDA* 1998.72, avec note P. BROSSARD). Mais les implications de ce développement de la responsabilité des « décideurs », et particulièrement des élus locaux, a conduit le législateur à intervenir. À la suite du rapport d'un groupe d'étude présidé par J. MASSOT, sur *La responsabilité pénale des décideurs publics* (La Documentation française, rapports officiels, 2000), une loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a nettement restreint la responsabilité en cas de fautes indirectes et non caractérisées. V. l'analyse de la loi par J. -H. ROBERT, *AJDA* 2000.924. Et, pour un bilan de ses premières années d'application : Bruno COTTE et Dominique GUIHAL, « La loi Fauchon, cinq ans de mise en œuvre jurisprudentielle », *JCP A* 2006, n° 1063 ; Dominique COMMARET, *ibid,* n° 1064.

Tout autant que celui de l'ensemble des élus et agents publics, le cas des ministres apparaît particulièrement révélateur, si ce n'est d'une crise, d'un profond malaise face à la pénalisation de la vie publique. Depuis la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993, les ministres relèvent de la *Cour de justice de la République*, laquelle a rendu son premier arrêt,

le 9 mars 1999, à propos de l'affaire du *Sang contaminé*, jugeant pénalement un ancien Premier ministre et deux anciens ministres pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions (arrêt et dossier spécial : « sang contaminé », *RDP* 1999.313). Est-ce là une « régression » consécutive au dépérissement de la responsabilité politique, la voie ouverte à « une immixtion sans bornes de l'inspection judiciaire dans le domaine de l'action gouvernementale » ? (Olivier BEAUD, *Le sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, Béhémoth, 1999 — voir aussi, sur ce livre, les remarques de Denis BARANGER, *RDP* 1999.27). Pour un point de vue de magistrats judiciaires : Antoine GARAPON et Denis SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, 1996.

V. aussi J. C. FROMENT, « Remarques sur les enjeux et la portée d'une « criminalisation » du droit administratif », *RDP* 2001.555.

Dossier 13

Le recours pour excès de pouvoir

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Le droit du contentieux administratif fait l'objet d'ouvrages spécifiques, distincts de ceux de droit administratif [1]. Alors que ce dernier a été défini comme partie de l'ensemble des normes juridiques qui régissent l'Administration (dossier 1), il comprend les règles relatives à la juridiction administrative (structures et procédures juridictionnelles – présentées dans le dossier 2). Parce qu'il s'agit de questions essentielles pour la compréhension du droit administratif, doivent encore être apportées certaines précisions concernant le recours pour excès de pouvoir (ce dossier 13) et la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire (dossier 14).

§ 1. L'ÉVOLUTION DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

Le **recours pour excès de pouvoir** est un recours contentieux par lequel toute personne intéressée peut demander au juge administratif d'annuler, en raison de son irrégularité, une décision émanant d'une autorité administrative.

Les textes adoptés par la Révolution interdisant aux tribunaux judiciaires de connaître du contentieux administratif ne créaient pas de tribunaux compétents en la matière. C'est le chef du pouvoir exécutif qui avait compétence pour trancher les litiges, en tant que chef hiérarchique de l'Administration [2]. Le Consulat, l'Empire, la Monarchie restaurée, ne modifièrent pas ce principe, même si en pratique étaient toujours adoptés les projets de décision élaborés par le Conseil d'État. Ainsi le recours pour excès de pouvoir est-il à ses origines un recours hiérarchique (et non juridictionnel). Si son histoire, comme celle de tout le droit administratif, reste discutée [3], il semble bien qu'il demeure, jusqu'au milieu du XIXe siècle, assez sommaire et de portée limitée. Les conditions de recevabilité ne sont

---

1. V., *infra*, p. 670, les indications bibliographiques générales.
2. La loi des 7-14 octobre 1790 précisait que « les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont en aucun cas du ressort des tribunaux et doivent être portées devant le roi, chef de l'administration générale ».
3. V., par exemple, J.-L. Mestre, « L'arrêt *Landrin*, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », *RFDA* 2003.211. Cet arrêt ayant souvent été présenté comme primordial, il montre qu'il s'agit en réalité d'une « décision sans portée ».

pas très précises et les moyens invocables pour l'annulation d'une décision demeurent très réduits.

À partir du Second Empire, le recours pour excès de pouvoir se développe. D'une part, politiquement, il constitue une *soupape de sûreté* alors que les libertés politiques sont réduites. Les moyens d'annulation des décisions administratives s'élargissent. À *l'incompétence* et au *vice de forme* s'ajoute *le détournement de pouvoir* (contrôle du but poursuivi par l'autorité administrative). D'autre part, la procédure est réformée sur un point très important qui favorise l'exercice du recours : *un décret du 2 novembre 1864 dispense les requérants du ministère d'avocat.*

La période suivante qui, par la loi du 24 mai 1872, consacre le Conseil d'État comme véritable juridiction à part entière, est décisive pour le recours pour excès de pouvoir. Celui-ci perd définitivement son caractère hiérarchique et devient le pivot du contrôle juridictionnel de l'Administration [1]. La jurisprudence et les synthèses de juristes permettent de mieux cerner, tout en les élargissant, les **conditions de recevabilité** du recours (Chapitre 1). Par exemple, la notion d'intérêt pour introduire un recours s'étend beaucoup. L'exigence d'un droit lésé en matière de violation de la loi disparaît. Le recours pour excès de pouvoir, dit-on, acquiert un caractère *objectif* (c'est un *procès fait à un acte* dont on demande au juge de contrôler la régularité). Les moyens d'annulation ou **cas d'ouverture** (Chapitre 2) se développent, par une extension de la violation de la loi : le contrôle de l'exactitude matérielle et de la qualification juridique des faits apparaît.

Tout au long du XXe siècle, le succès du recours pour excès de pouvoir ne s'est jamais démenti, au point de poser certains problèmes. Outre l'encombrement constant des rôles, générateur d'un allongement excessif de la procédure, les cas d'inexécution par l'Administration de jugements ou arrêts ont pu faire douter de ses **effets** (Chapitre 3). Pour y remédier, des réformes [2] sont intervenues qui, tout en ayant pour objectif de rendre plus efficace l'ensemble du contentieux administratif, ont tout particulièrement contribué à le changer : en 1953, création des tribunaux administratifs, juges de droit commun ; en 1987, création des cours administratives d'appel et, par suite, sauf exceptions, *transformation du Conseil d'État en juge de cassation* des arrêts rendus par ces cours ; en 1980 et 1995, attribution du pouvoir de prononcer une astreinte et du pouvoir d'injonction — lesquels pouvoirs, en paraissant opérer un *rapprochement avec le recours de pleine juridiction*, ont relancé les controverses sur la nature du recours pour excès de pouvoir et finalement sur son avenir.

§ 2. Recours pour excès de pouvoir et recours en cassation

Le **recours pour excès de pouvoir** et le **recours en cassation** sont très voisins : ce que le premier est aux *décisions administratives,* le second l'est aux *décisions de justice*. L'un et l'autre tendent à faire respecter le droit en annulant (ou en cassant) des actes qui ne respectent pas le principe de juridicité. D'ailleurs, il a fallu attendre 1940 pour qu'un texte consacrât la partition du contentieux de l'annulation en deux recours autonomes.

---

1. V. l'ouvrage classique (et encore fort intéressant) : R. Alibert, *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Payot, 1926.
2. V. le dossier 2.

Toutefois les différences entre eux sont assez claires : le délai est le même (deux mois) mais, contrairement au recours pour excès de pouvoir, le recours en cassation ne peut être introduit que par le ministère d'un avocat ; le juge compétent est, dans le cas de la cassation, toujours et exclusivement le Conseil d'État ; dans cette même hypothèse, les moyens d'annulation sont plus limités. Il est, par conséquent, essentiel de bien distinguer de l'**acte administratif** susceptible d'être l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, l'**acte juridictionnel** dont la contestation relève du recours en cassation, s'il a été **rendu en dernier ressort.** Pour déterminer les actes juridictionnels, le juge administratif donne priorité à la matière traitée : par exemple, si le conseil d'un ordre professionnel statue sur une inscription au tableau (en vue de permettre l'exercice de la profession), sa décision est administrative, mais s'il intervient en matière disciplinaire, son acte est alors juridictionnel. Le *point de vue organique* demeure pourtant essentiel : si une autorité est administrative, ses actes sont administratifs ; si une autorité est juridictionnelle, ses actes sont juridictionnels — du moins, en principe. Pour le savoir, le juge se réfère à la volonté du législateur [1] ou du gouvernement — à leur « intention » qui se traduit dans « les expressions mêmes du texte » ou qui apparaît dans les travaux préparatoires. Si cette première démarche est infructueuse, la composition de l'organisme, l'indépendance de ses membres, les caractéristiques de la procédure, la valeur juridique de ses actes, etc. sont autant d'indices qui permettent, par un raisonnement complexe, d'aboutir à une qualification correcte [2].

Dans la mesure où le recours en cassation concerne des actes juridictionnels, il ressemble aussi, évidemment, à l'*appel.* La grande différence tient aux pouvoirs du juge : selon une conception traditionnelle, le **juge d'appel** qui est *juge du fond* recommence en quelque sorte le procès et, éventuellement, il fait ce qu'aurait dû faire le juge du premier degré [3] ; quant au **juge de cassation**, il se contente de *juger l'acte juridictionnel* qui est intervenu en dernier ressort. S'il l'estime irrégulier, il *peut renvoyer l'affaire* à un juge du fond qui procède de nouveau à son examen (celui qui avait statué et qui, sauf impossibilité, devra statuer dans une autre formation ; ou une autre juridiction de même nature). Il *peut aussi régler l'affaire au fond* et il doit même le faire dans le cas d'un deuxième recours en cassation dans le même procès. Le juge de cassation a des pouvoirs étendus (les cas d'ouverture du recours en cassation sont : l'incompétence, l'irrégularité des formes, la violation des procédures, la violation directe de la règle de droit), mais il ne contrôle pas l'appréciation des faits, qui est du ressort du juge du fond : l'erreur de fait, pour le juge

---

1. Le législateur est compétent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, pour fixer les règles relatives à « la création de nouveaux ordres de juridiction » ; à l'intérieur de ces ordres, le règlement se substitue à la loi.

2. V., concernant un « jury d'honneur » institué en 1944-1945, CE 7 févr. 1947, *d'Aillières*, *R.* 50 ; *GAJA* n° 60. Et, R. Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative », *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975 ; J.-M. Auby, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA* 20 juin 1995, numéro spécial *Le droit administratif,* p. 91 ; O. Gohin, « Qu'est-ce qu'une juridiction pour le juge français ? », *Droits*, n° 9, 1989.93.

3. Sur ce qu'il en est aujourd'hui : D. Giltard, « Réflexions sur le rôle et les méthodes du juge d'appel », *AJDA* 2003.1801 (il est devenu, estime ce président de CAA, le « juge du jugement », avec pour rôle, « non de rejuger le litige, mais de contrôler, en fonction des critiques faites par l'appelant, les réponses apportées par les premiers juges ») ; concl. D. Chauvaux, sur 2 arrêts CE 27 juin 2005, *M.* et *SARL Les techniques de communication*, *AJDA* 2005.1959 (nuance le point de vue précédent, rappelant que « le juge d'appel, s'il est conduit, le cas échéant à se prononcer sur la régularité du jugement, doit par ailleurs examiner directement le fond du litige ») ; J. Alfonsi, « Effet dévolutif de l'appel et évocation, le métier du juge d'appel : quelles marges de manœuvre ? », *AJDA* 2006.1320.

de cassation, s'étend seulement à l'inexactitude matérielle des faits, à leur qualification juridique et à leur dénaturation [1]. Cela ne va pas sans poser des problèmes. Comment distinguer l'appréciation souveraine des faits par le juge du fond et leur qualification juridique qui seule relève du juge de cassation ? Nul n'a jamais pu l'expliquer clairement. Et c'est si vrai qu'un commissaire du gouvernement a proposé d'abandonner la distinction au profit d'un critère d'« utilité » du contrôle. Il voulait suggérer par là de s'en tenir à un contrôle de la qualification lorsqu'il « existe encore un risque appréciable de divergence quant à l'utilisation de la norme par les juges du fond », c'est à dire pratiquement lorsqu'il est de bonne politique jurisprudentielle que le Conseil d'État intervienne [2].

Jusqu'en 1987, le recours en cassation est resté quantitativement très secondaire. Il en va tout autrement depuis la création des cours administratives d'appel (plus de 40 % des affaires enregistrées au Conseil d'État en 2003, 59 % en 2005, étaient des pourvois en cassation) [3].

Le pourvoi fait l'objet d'une *procédure préalable d'admission* qui se conclut par une décision du Conseil d'État ayant autorité de la chose jugée si l'admission est refusée. Depuis la suppression en 1998 de la Commission d'admission des pourvois en cassation créée en 1988, cette admission est examinée par l'une des sous-sections de la Section du contentieux, selon la règle générale de la répartition des affaires au Conseil d'État. Elle peut être refusée soit parce que le pourvoi est irrecevable (par exemple, hors délai) soit en raison de l'absence de moyens sérieux (susceptibles de mettre en doute la solution des juges du fond) [4].

§ 3. Recours pour excès de pouvoir et recours de pleine juridiction

Les interrogations sur la nature du **recours pour excès de pouvoir** et son rapprochement avec le **recours de pleine juridiction** ne sont pas récentes. Le caractère attractif du second, déjà, était observé par Hauriou : « Le changement, écrivait-il, c'est que le recours pour excès de pouvoir pâlit et s'efface de plus en plus derrière le contentieux ordinaire. Et ce n'est pas depuis l'arrêt *Boussuge* que le recours pour excès de pouvoir est touché dans ses œuvres vives, c'est depuis l'arrêt *Cadot*... Il y a vingt-cinq ans que le recours pour excès de pouvoir est frappé à mort » [5]. Qu'en est-il désormais, alors que le juge peut formuler des injonctions à l'adresse de l'Administration ?

Posant à nouveau la question de l'avenir du recours pour excès de pouvoir, Michel Bernard, Président de section au Conseil d'État, s'est voulu rassurant : « Le pouvoir

---

1. CE 2 févr. 1945, *Moineau*, *R.* 27, *GAJA* n° 57.
2. CE 3 juill. 1998, *Salva-Couderc*, *RFDA* 1999.112, concl. P. Hubert.
3. Le décret du 24 juin 2003 (*supra*, p. 46) a supprimé la possibilité d'appel dans un certain nombre de cas : alors évidemment, puisque les jugements des tribunaux administratifs sont rendus en premier et dernier ressort, reste possible un pourvoi en cassation. Ce qui explique en partie une nouvelle et spectaculaire augmentation entre 2003 et 2005.
4. Outre les ouvrages généraux de contentieux : J. Massot, « La cassation », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif,* p. 200 ; J.-H. Stahl, « La cassation », *IIe centenaire du Conseil d'État,* PUF-RA, 2001, t. 1, p. 227 ; S. Boussard, *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État. Un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002.
5. M. Hauriou, note sur CE 29 nov. 1912, *Boussuge*, *S.* 1914.3.33 (arrêt admettant la tierce opposition). V. *infra,* p. 645 ; et sur l'arrêt *Cadot*, *supra,* p. 39.

d'injonction, même si l'injonction est assortie d'une astreinte, reste un pouvoir plus limité que le pouvoir de substitution ou de réformation, qui demeure réservé au juge de plein contentieux »[1]. Autrement dit, il n'y a pas de modification fondamentale des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, « dès lors que les mesures que celui-ci peut désormais prescrire à l'administration sont exclusivement des mesures qui sont nécessairement impliquées par l'annulation et que l'administration était tenue de prendre dans un délai raisonnable ». L'un reste un contentieux de régularité destiné à faire respecter le « droit objectif » ; il suffit d'un simple intérêt pour le former et une décision d'annulation à l'autorité absolue de la chose jugée *erga omnes.* L'autre assure la protection des « droits subjectifs » ; il faut justifier d'un droit lésé et la décision rendue n'a que l'autorité relative limitée aux parties au procès.

Il n'empêche qu'à défendre ainsi le recours pour excès de pouvoir se trouvent réaffirmées des limites que d'aucuns voudraient voir franchies, y compris au sein de la juridiction administrative[2]. Lorsque sont en cause des décisions individuelles, l'État de droit n'exige-t-il pas, par exemple, que le juge se prononce non seulement sur la régularité de l'acte, mais sur la situation juridique elle-même ? Il suffirait de quelques modifications de procédure pour instituer une « *action en déclaration de droits* » qui permettrait au juge de « constater que le requérant est juridiquement fondé à demander à l'administration compétente de prendre un acte administratif individuel en sa faveur... Le juge administratif déclarerait que l'administration à l'obligation légale d'émettre un tel acte »[3]. Une évolution ne s'impose-t-elle pas également en matière de *sanctions administratives* où, sauf texte contraire, prévaut encore un contentieux d'excès de pouvoir ? Calquer, comme on le fait, le régime de ces sanctions sur celui des sanctions pénales conduit à une plénitude de juridiction. Au contrôle de l'adéquation de la sanction au manquement commis, doit s'ajouter un pouvoir de réformation. Si ces questions restent ouvertes et tendent à relancer la question de la classification des recours[4], le fait est que, dans la période contemporaine, l'on peut constater un certain développement du domaine du plein contentieux, aux dépens de celui de l'excès de pouvoir, notamment lorsque sont en cause des sanctions pécuniaires infligées par des autorités administratives indépendantes, comme le CSA[5]. Hauriou aurait-il donc finalement raison ? Rien n'est moins sûr. Le recours pour excès de pouvoir, de son côté, ne cesse de se développer en matière d'actes détachables des contrats et même pour certaines catégories de contrats[6].

---

1. M. Bernard, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif,* p. 190. V. aussi B. Pacteau, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de pleine juridiction ? », PUF-RA, 2001, t. 1, p. 195.
2. J.-M. Woehrling (Président du tribunal administratif de Strasbourg), « Vers la fin du recours pour excès de pouvoir ? », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant,* Dalloz, 1996, p. 777 ; F. Melleray, « Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1998.1089.
3. Rapport Haenel-Arthuis, *JO,* Sénat, 11 juin 1992, annexe n° 400.
4. *Supra*, p. 50.
5. V. l'article L. 311-4 du CJA qui énumère des recours de pleine juridiction attribués au Conseil d'État, en premier et dernier ressort, par le législateur.
6. V. M. Deguergue, *Procédure administrative contentieuse*, Montchrestien, coll. « Focus droit », 2003 (qui souligne – p. 95 – la vitalité et capacité d'adaptation du recours pour excès de pouvoir, tout en se demandant néanmoins à propos des contrats s'il s'agit toujours bien du même recours) ; et D. Bailleul, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 220, 2002.

Chapitre 1

Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir

L'existence du recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif, avant de pouvoir se fonder sur la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, a découlé d'un principe général du droit. Dans l'un de ses arrêts les plus célèbres (*Ministère de l'Agriculture c/Dame Lamotte)*, en 1950, le Conseil d'État affirmait que ce recours est **ouvert même sans texte** le prévoyant et même lorsqu'un texte exclut toute possibilité de recours de manière générale [1]. En d'autres termes, seule une disposition législative parfaitement explicite pouvait paraître alors susceptible d'écarter ce recours de droit commun qui est, en quelque sorte, la protection minimale des administrés [2].

Avant de trancher le fond d'un litige, tout tribunal doit examiner si l'action portée devant lui est recevable. Il en est ainsi, en particulier, du juge de l'excès de pouvoir : avant de se demander : « *Comment juger ?* », il se pose une question préliminaire : « *Faut-il juger ?* » Pour y répondre, il prend en considération quatre sortes de données respectivement relatives à la **requête**, au **requérant**, à l'**acte contesté**, au **juge** saisit par le demandeur.

§ 1. La requête

Les *formalités* pour intenter un recours en excès de pouvoir sont très simples : comme dans les autres contentieux, la requête, signée du requérant et accompagnée d'une copie de la décision attaquée, doit préciser les moyens invoqués (explication des irrégularités justifiant la demande d'annulation) et le cas échéant, depuis la loi du 8 février 1995, demander la prescription des conséquences d'une annulation. Elle doit être rédigée en français. Et, s'il reste vrai que **l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire**, tel n'est plus le cas — sauf exceptions — en appel [3].

Les règles relatives au *délai* tentent de concilier deux impératifs : le premier est la stabilité des situations de droit qui exige de réduire autant que possible le temps d'incertitude quant à la validité des actes administratifs, le second est la garantie pour les

---

1. V. *supra*, p. 141 et 150.
2. Évidemment, une telle disposition législative aurait aujourd'hui toutes chances d'être considérée comme contraire à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme.
3. *Supra*, p. 56.

administrés de disposer d'un temps suffisant pour former un recours, sans risque de forclusions abusives.

a) Il en résulte que le requérant, pour introduire son recours, dispose d'un **délai de deux mois** : à compter de la *publication* des actes réglementaires ou de la *notification* des décisions individuelles ; à compter, le cas échéant, d'une *décision implicite* [1]. L'obligation faite aux autorités administratives d'indiquer les voies et délais de recours (dans l'accusé de réception d'une demande, en vertu de la loi du 12 avril 2000 ; dans la notification d'une décision, en vertu de l'art. R.421-5 du CJA) est en pratique importante : si elle n'est pas respectée, les délais de recours ne sont pas opposables [2].

b) Le délai se trouve **prorogé** (mais il ne peut l'être qu'une fois) dans le cas où le requérant, mal informé, a porté son recours devant une juridiction incompétente. La règle s'applique également au cas où le demandeur a, préalablement à un recours contentieux, intenté un recours administratif (dans le même délai de deux mois). Dans certains cas (notamment en matière fiscale) les textes imposent ce recours administratif préalable. Par contre, il faut remarquer que la saisine du Médiateur de la République (par une réclamation) ne suspend pas le délai du recours devant le juge.

c) Une **décision confirmative** n'ouvre pas « un nouveau délai de recours contentieux » [3].

d) Il y a réouverture du délai de recours lorsque, par suite d'un **changement des circonstances** de droit ou de fait ayant motivé l'édiction d'un acte, un administré demande la modification ou l'abrogation de cetacte. En outre, depuis 1983, à tout moment, l'Administration doit faire droit à une demande tendant à abroger un règlement illégal [4].

e) Lorsque la publication et la notification interviennent dans la même affaire, le juge, d'une manière générale, calcule le délai de la façon la plus favorable au requérant [5].

---

1. V., *supra,* p. 53 (sur les délais de recours), p. 472 (sur les décisions implicites), p. 481 (sur la publicité des actes administratifs).
2. Il en va ainsi même si l'intéressé a eu, en réalité, connaissance de la décision (v. CE 13 mars 1998, *Mauline et Assitance publique-Hôpitaux de Paris*, 2 esp., *AJDA* 1998.613, concl. J.-D. Combrexelle ; *RFDA* 1998.1184, note B. Seiller ; X. Cabannes « La théorie de la connaissance acquise ou la peau de chagrin » *RDP* 2000.1745). La « connaissance acquise » ou connaissance de fait, n'est plus aujourd'hui prise en compte par le juge que dans des cas limités. Le plus ancien et le plus significatif de ceux-ci concerne le délai du recours intenté contre les décisions prises par un *organisme collégial* : ce délai court à compter du jour de l'adoption de ces décisions, à l'égard des membres de cet organisme qui ont participé à la séance (sans qu'il y ait lieu, en principe, à des mesures de notification).
3. CE 12 janv. 1972, *Caisse des dépôts et consignations c/Sieur Picot*, *R.* 33.
4. V. *supra*, p. 485. *Adde* : L'exécution tardive d'un acte administratif devenu définitif constitue une nouvelle décision faisant courir à nouveau le délai de recours contentieux : CE 1er avr. 1998, *Nsonde*, et CE 8 janv. 1998, *Mhadi* (arrêts concernant respectivement une reconduite à la frontière et une assignation à résidence), *Quot. jur.* 1998, nº 52, p. 15, note G. Pellissier.
5. CE 27 mars 1987, *Simon*, *RDP* 1987.1357, concl. S. Daël (le Commissaire du gouvernement, après avoir admis que « la notification ne concerne que l'intéressé le plus direct et que la publication suffit pour les autres » s'interroge sur les rapports de la notification — nécessaire pour les candidats admis à un concours — et de la publication — suffisante pour les ajournés, puis il démontre de façon convaincante, que seule la réception par tous les candidats ayant pris part aux épreuves de la notification de leurs résultats ouvre le délai contentieux — et donc le délai de retrait de l'acte).

§ 2. Le requérant

Le requérant doit avoir la *capacité d'ester en justice* et présenter un *intérêt suffisant pour agir*.

– Les règles de droit commun relatives à la **capacité** s'appliquent en la matière. Cependant la capacité est plus largement admise que dans les procès judiciaires, en raison de la finalité du recours qui est la défense du droit : ainsi une association non déclarée peut-elle se pourvoir devant le juge administratif (mais non un groupement interdit par la loi, bien entendu), de même des incapables du droit civil peuvent exercer le recours pour excès de pouvoir contre des décisions qui portent atteinte à la liberté individuelle [1]. Par ailleurs, les étrangers ont la capacité d'introduire un recours pour excès de pouvoir [2].

– En ce qui concerne l'**intérêt à agir**, le principe général de procédure « pas à d'intérêt, pas d'action » s'applique de manière souple. Deux conceptions extrêmes et opposées sont possibles. La première est de considérer le recours pour excès de pouvoir, en raison de sa finalité très large qui est le respect du droit par l'Administration, comme une véritable action populaire pouvant être intentée par tout administré. La deuxième, beaucoup plus étroite et qui a été celle du XIXe siècle, est de n'accepter le recours que pour réparer la violation d'un droit. La jurisprudence actuelle admet une solution intermédiaire. N'importe qui ne peut pas contester en justice une décision administrative ; *le demandeur doit, sinon invoquer une atteinte à l'un de ses droits, du moins avoir intérêt à obtenir l'annulation de la décision administrative en cause.* Certes, le juge n'exige pas que le requérant se fonde sur un intérêt étroitement personnel mais la recevabilité du recours suppose au moins que l'intérêt lésé ne concerne qu'une catégorie d'administrés bien délimitée : « Il n'est pas nécessaire que l'intérêt invoqué soit propre et spécial au requérant mais il doit s'inscrire dans un cercle où la jurisprudence a admis des collectivités toujours plus vastes d'intéressés sans l'agrandir toutefois jusqu'aux dimensions de la communauté nationale », concluait un commissaire de gouvernement en 1950 [3].

Le juge admet ainsi libéralement la recevabilité du recours, que l'intérêt soit direct ou *indirect*, individuel ou *collectif*, matériel ou *moral*.

A. Intérêt direct et intérêt indirect

Il est clair que, par exemple, un fonctionnaire victime d'une sanction disciplinaire peut intenter contre celle-ci un recours pour excès de pouvoir : l'existence d'un intérêt *direct* à agir est incontestable [4]. Mais le Conseil d'État admet aussi la recevabilité d'une requête émanant d'un hôtelier et portant sur l'irrégularité d'un règlement fixant la date des vacances scolaires. En l'espèce, un arrêté du ministre de l'Éducation nationale perturbait l'activité d'une station thermale puisque les nouvelles vacances d'été, fixées par ce texte,

1. CE 10 juin 1959, *Dame Poujol*, *R.* 355.
2. Aussi bien des personnes privées que des personnes publiques étrangères. V. notamment à propos de refus d'extradition : CE 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne*, *AJDA* 1993.848, et CE 14 déc. 1994, *gouvernement suisse*, *AJDA* 1995.56.
3. CE 10 févr. 1950, *Gicquel*, *R.* 100, concl. B. Chenot. V. également CE 26 oct. 1956, *Association générale des administrateurs civils*, *RDP* 1956.1305, concl. C. Mosset, et P. Charlot, « L'actualité de la notion de “ qualité donnant intérêt à agir ” », *RFDA* 1996.481.
4. Sur l'intérêt à agir des fonctionnaires, v. CE 11 déc. 2003, *Lot*, *GAJA* n° 13.

ne permettaient d'organiser que trois périodes de cure (au lieu de quatre). Bien que la mesure attaquée ne visât pas les hôteliers, l'un d'entre eux a pu la contester en justice : apparaît un intérêt *indirect* à agir [1]. Peut-être est-ce également ce type d'intérêt qui fonde la demande des contribuables des collectivités décentralisées à l'encontre des décisions ayant des répercussions sur les finances ou le patrimoine de ces personnes publiques [2]. En revanche, la jurisprudence n'a admis l'intérêt à agir ni d'un contribuable de l'État ni du citoyen en général.

B. Intérêt individuel et intérêt collectif

Le Conseil d'État a admis, à côté de l'action individuelle, la recevabilité d'**actions corporatives.** La décision de principe a été rendue en 1906 [3] et elle a été suivie d'une jurisprudence abondante dont le développement est lié à celui du syndicalisme et du phénomène associatif. Ce libéralisme du juge joue un rôle social important dans la mesure où les administrés isolés connaissent mal la juridiction administrative et ont peur d'attaquer l'Administration.

Le groupement demandeur doit prendre en charge l'intérêt collectif relatif à son activité, et non l'intérêt purement individuel de l'un de ses membres : « Nul ne plaide par procureur ». Le juge a ainsi reconnu la recevabilité des recours d'une *union de parents d'élèves* pour défendre la liberté de l'enseignement, de la *Ligue nationale contre l'alcoolisme* au sujet d'une décision favorisant les bouilleurs de cru, d'une *confédération syndicale* pour la défense des intérêts des travailleurs étrangers. Les *syndicats de fonctionnaires* peuvent également intenter des recours pour la défense des intérêts collectifs. Tel est le cas, en principe, s'ils contestent des règlements ou des actes individuels positifs [4]. En toutes hypothèses, évidemment, le Conseil d'État exige le respect du principe de spécialité des personnes morales : les intérêts défendus doivent correspondre à leurs missions [5]. Cependant, dans certains cas, à défaut d'introduire un recours eux-mêmes, des groupements peuvent intervenir [6] dans une instance.

Un autre aspect de l'intérêt collectif apparaît dans le recours intenté par le représentant d'une collectivité publique ou d'un établissement public contre l'acte d'une autorité administrative qui a la charge de les contrôler, par exemple lorsqu'un maire demande l'annulation d'une mesure prise par le préfet dans le cadre de son pouvoir de substitution. En revanche, le juge estime qu'un subordonné n'a pas intérêt à attaquer une décision de

---

1. CE 28 mai 1971, *Damasio*, *R.* 391.
2. CE 29 mars 1901, *Casanova*, *R.* 333, *GAJA*, n° 8.
3. CE 28 déc. 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, *R.* 977, *S.* 1907.3.23, concl. J. Romieu, *GAJA*, n° 18.
4. Les nominations ou promotions, par exemple, concernent les intérêts de tous en tant qu'elles peuvent limiter les possibilités d'obtenir la même décision. Au contraire, il y a intérêt strictement individuel lorsqu'est en cause un acte individuel à caractère négatif (sanction notamment). On notera toutefois qu'a été admis l'intérêt à agir d'un syndicat contre une décision autorisant le licenciement d'un délégué du personnel : CE 10 avr. 1992, *Société Montalev c/M. Hudon*, *AJDA* 1992.536, chron. C. Maugüé et R. Schwartz.
5. CE 4 juin 1954, *École nationale d'administration*, *R.* 338, concl. A. Chardeau ; 4 nov. 1977, *Syndicat national des journalistes Section ORTF et autres*, *AJDA* 1978.111, concl. J. Massot (absence d'intérêt d'un syndicat pour demander l'annulation de décrets ayant mis fin aux fonctions de président et de membre du conseil d'administration de l'ORTF).
6. V., sur l'intervention, *infra*, chapitre 3, p. 645.

son supérieur relative à l'organisation et au fonctionnement du service — sauf si elle porte sur son statut ou sa carrière (auquel cas l'intérêt invoqué est un intérêt personnel et non collectif). Dans le cas où s'opposent deux autorités administratives, le demandeur n'exprime-t-il pas un *intérêt public* [1], forme de l'intérêt collectif, bien que les recours soient individuels ? Sans doute est-ce également ce type d'intérêt qui justifie la recevabilité du recours d'un *électeur*, à propos par exemple, d'un référendum [2] ou de l'*usager d'un service public* déterminé qui conteste une décision concernant le fonctionnement de celui-ci [3], etc.

C. Intérêt matériel et intérêt moral

Il s'agit ici de la **nature de l'intérêt** invoqué. Dans la mesure où l'intérêt est certain et suffisamment délimité, il peut avoir un objet moral aussi bien que matériel : défense de la liberté religieuse [4], de l'honneur ou des prérogatives de corps issus d'une grande école [5], etc.

§ 3. L'acte attaqué

Le recours pour excès de pouvoir n'est recevable que contre un **acte administratif qui fait grief et, sauf exceptions, est unilatéral.**

A. Un acte administratif

L'acte attaqué, pour être administratif [6], doit avoir pour auteur une **autorité administrative** [7], ce qui exclut les recours pour excès de pouvoir contre les *actes législatifs* et les *actes juridictionnels.* Certaines décisions des autorités exécutives qui, sans être de droit privé, font incontestablement grief échappent aussi au contrôle du juge administratif : ce sont les *actes de gouvernement.*

---

1. CE 18 avr. 1902, *Commune de Néris-les-Bains*, *R.* 275, *S.* 1902.3.81, note M. Hauriou, *GAJA* n° 10. Cet arrêt concerne les rapports entre les représentants de l'État et les autorités décentralisées. Dans un tout autre domaine, lorsque les autorités administratives indépendantes disposent d'un pouvoir de décision, l'exercice de leurs compétences est soumis à un contrôle de régularité qui peut être engagé tant par les personnes y ayant intérêt que par le gouvernement. C'est ce que le Conseil constitutionnel a affirmé dans la décision du 18 septembre 1986 (à propos de la CNCL), reconnaissant ainsi l'intérêt d'une autorité de l'État à former un recours contre une autre autorité de l'État. S'agissant des recours formés par les membres d'un organe délibérant contre une délibération de cet organe, la jurisprudence du Conseil d'État a aussi évolué dans le sens d'un renforcement de l'intérêt à agir : les moyens invocables à l'appui des recours ne sont plus limités aux irrégularités externes de la délibération. V. CE 22 mars 1996, *Mme Paris et Mme Roignot*, *AJDA* 1996.404, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux.
2. CE 19 oct. 1962, *Brocas*, *R.* 553 ; CE 10 sept. 1992, *Meyet*, *R. 327*.
3. CE 21 déc. 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier « Croix de Seguey-Tivoli »*, *R.* 962, concl. J. Romieu, *GAJA*, n° 17.
4. CE 8 févr. 1908, *Abbé Déliard*, *R.* 133.
5. CE 13 juill. 1948, *Société des Amis de l'École polytechnique*, *R.* 330.
6. V. *supra*, p. 457.
7. Plus précisément une autorité administrative française. Les juridictions administratives sont, comme les juridictions judiciaires, des tribunaux internes qui ne sont compétents qu'à l'égard des actes des autorités agissant dans le cadre national.

– Les **lois,** qui sont restées longtemps à l'abri de tout recours, ne sont aujourd'hui attaquables (avant promulgation) que devant le Conseil constitutionnel. Le juge administratif s'est toujours refusé à contrôler leur constitutionnalité ainsi que celle des décisions des autorités exécutives agissant en qualité d'organes législatifs (ordonnances du gouvernement provisoire en 1944-1945, ordonnances tendant à la mise en place des nouvelles institutions en 1958-1959, décisions prises dans le domaine de la loi par le président de la République pendant l'application de l'article 16...). En revanche, ont été déclarées attaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir les ordonnances de l'article 38 (avant ratification par le Parlement) et celles prises sur habilitation donnée par une loi référendaire [1]. Les *actes parlementaires* non législatifs échappent également au contrôle juridictionnel dès lors qu'ils interviennent dans le cadre de la « mission parlementaire » proprement dite. Lorsqu'ils apparaissent susceptibles de se rattacher à l'« administration des services parlementaires », ils sont attaquables [2].

– En matière juridictionnelle, la jurisprudence opère des distinctions comparables. Les **actes juridictionnels** eux-mêmes ne peuvent être contestés par la voie du recours pour excès de pouvoir. La séparation des deux ordres de juridictions justifie cette interdiction vis-à-vis des arrêts et jugements rendus par l'*autorité judiciaire*. En ce qui concerne les décisions juridictionnelles de l'*ordre administratif*, il existe d'autres voies de recours tels l'*appel* et le recours en *cassation*. L'irrecevabilité vise tous les actes relatifs à « l'exercice de la fonction juridictionnelle » [3]. S'agissant du *Conseil constitutionnel*, elle a été étendue plus précisément à l'acte qui, eu égard à son objet, n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles celui-ci exerce ses missions [4]. Elle ne s'étend toutefois pas aux actes concernant « l'organisation même du service public de la justice », lesquels sont

---

1. V. la jurisprudence (notamment l'arrêt *Canal*) citée, *supra*, dans le dossier 3, p. 132.
2. Alors que l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires donne seulement compétence à la juridiction administrative pour connaître de « tous les litiges d'ordre individuel » concernant les agents de ces assemblées, le Conseil d'État a fini par admettre le recours contre les décisions par lesquelles les services des assemblées procèdent au nom de l'État à la passation de leurs marchés, « lorsque ces marchés ont le caractère de contrats administratifs » : CE 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, *RFDA* 1999.333, concl. C. Bergeal ; *AJDA* 1999.409, chron. Raynaud et Fombeur ; *GAJA* n° 107. Il n'a pas admis le recours contre une décision du collège des questeurs de l'Assemblée nationale relative à la pension d'un ancien député : CE 4 juill. 2003, *M. Papon*, *RFDA* 2003.917, concl. contraires L. Vallée ; *AJDA* 2003.1603, chron. F. Donnat et D. Casas (« le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de ses fonctions ;... ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement »).
3. Ce qui inclut les actes d'exécution des jugements rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire, notamment les décisions du juge d'application des peines : CE 9 nov. 1990, *Théron*, *AJDA* 1991.546, note N. Belloubet-Frier ; CE 9 févr. 2001, *Malbeau*, *RFDA* 2002.598, note J.-P. Cère et E. Pechillon.
4. CE 25 oct. 2002, *Brouant* : le règlement par lequel le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives, « ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître » ; *RFDA* 2003, concl. G. Goulard, points de vue de L. Favoreu (qui se félicite de la décision) et de P. Gonod et O. Jouanjan (qui, très critiques, concluent, non sans raisons, qu'« on peut être dubitatif et même inquiet »). Dans le même sens : CE 9 nov. 2005, *M. Claude Moitry*, *AJDA* 2006.147, concl. F. Donnat (à propos d'une décision implicite du secrétaire général du Conseil constitutionnel refusant de modifier son site internet).

attaquables sans qu'il n'y ait à distinguer s'ils émanent d'un organe exécutif ou d'un organe judiciaire [1].

Faire ainsi le tri entre ce qui relève ou non de l'organisation même du service public de la justice n'est pas toujours aisé. La jurisprudence apparaît très nuancée et on comprend qu'elle puisse souvent soulever des critiques. En admettant notamment de contrôler largement les mesures relatives à l'application du statut des magistrats, le juge administratif est conduit à prendre en considération la qualité du travail desdits magistrats et donc l'exercice de la fonction juridictionnelle [2].

– Le cas des **actes de gouvernement** est également complexe et prête lui aussi toujours à discussion.

Le fait est qu'il existe des actes émanant du pouvoir exécutif qui ne peuvent être contestés ni par la voie du recours pour excès de pouvoir ni par une exception d'irrégularité. Ces actes peuvent se regrouper en deux catégories. D'une part, le juge administratif refuse de connaître des actes qui sont relatifs aux *relations internationales de l'État français* : élaboration, signature des accords et traités internationaux, exercice de la protection diplomatique, etc.[3] D'autre part, il s'abstient également de toute immixtion dans les *rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels* (président de la République, gouvernement, Parlement, Conseil constitutionnel). Ainsi, sont des actes de gouvernement, notamment : la décision de soumettre un projet de loi au référendum, la dissolution de l'Assemblée nationale, la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel et la saisine du Conseil par le Président de la République, le refus du Premier ministre de proposer une révision de la Constitution [4]. Les jugements ou arrêts n'emploient guère cette expression d'« acte de gouvernement » mais ils ne l'écartent pas toujours : le Conseil d'État a désigné ainsi, en 1962, la mise en application de l'article 16 par le président de la République [5]. Leur liste s'est rétrécie (à la façon d'une « peau de chagrin », ont prétendu certains juristes) : les « lettres de grâce », par exemple, ont disparu de l'énumération traditionnelle car l'incompétence du Conseil d'État en la matière s'explique par le fait que

---

1. TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, *R.* 642, *JCP* 1953.II.7598, note G. Vedel, *GAJA* n° 70 ; était en cause, dans cette affaire, un défaut de constitution de tribunaux résultant du fait que le gouvernement ne les avaient pas pourvus de magistrats.
2. V., par exemple, le contentieux de la notation des magistrats : CE 13 mars 1987, *Bauhain*, *AJDA* 1987.402, concl. J. Marimbert ; et, plus généralement, D. Dokhan, « Le Conseil d'État, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire », *RFDA* 2002.768 — Il est à remarquer que la compétence administrative s'étend aux mesures prises par le Conseil supérieur de la magistrature, considéré comme une juridiction lorsqu'il statue en matière disciplinaire (CE 12 juill. 1969, *L'Étang*, *RDP* 1970.387, note M. Waline, qui alors s'interrogeait : « Est-il utile de faire contrôler, même par une juridiction aussi respectable que le Conseil d'État, le premier Président de la Cour de cassation et les hauts magistrats qui sont ses assesseurs au Conseil supérieur de la magistrature ? »).
3. Par exemple : CE 29 sept. 1995, *Association Greenpeace*, *AJDA* 1995.684 concl. Sanson (décision de reprise d'essais nucléaires) ; CE 5 juill. 2000, *Mégret et Mekhantar*, *AJDA* 2001.95, note Y. Gounin (décision d'engager des forces militaires au Kosovo).
4. V. CE 19 oct. 1962, *Brocas*, *RDP* 1962.1181, concl. M. Bernard (décret du Président de la République soumettant un projet de loi au référendum) ; CE 20 févr. 1989, Allain, *RFDA* 1989.868, concl. P. Frydman (décret de dissolution de l'Assemblée nationale) ; CE 9 avr. 1999, *Mme Ba*, *RFDA* 1999.566, concl. F. Salat-Baroux (nomination d'un membre du Conseil constitutionnel). CE 7 nov. 2001, *Tabaka*, *RDP* 2001.1645, note P. Jan (Président de la République qui s'abstient de déférer une loi au Conseil constitutionnel) ; CE 26 févr. 1992, *Allain*, *R.* 659 (refus du Premier ministre de prendre l'initiative, auprès du Président de la République, d'une révision de la Constitution).
5. CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, *supra*, p. 134.

le président de la République, quand il exerce son droit de grâce (art. 17 de la Constitution), participe au fonctionnement de la justice judiciaire [1]. Il y a *trois limites à l'immunité juridictionnelle.* En premier lieu, dans chacun des domaines concernés, elle cesse à l'égard des *actes détachables :* sont détachables des relations diplomatiques ou des conventions internationales et donc susceptibles de recours, les actes dont le juge peut connaître sans s'immiscer dans les relations extérieures de l'État [2] -- Principalement utilisée dans le domaine international, cette notion pour le moins incertaine d'acte détachable ne s'y limite pas [3]. En second lieu, l'immunité ne fait pas échec à la vérification de l'*existence même* de l'acte et de son *opposabilité* [4]. En troisième lieu, un tel acte, s'il ne saurait constituer une faute, doit pouvoir engager la *responsabilité* de la puissance publique sur le fondement d'une rupture de l'égalité devant les charges publiques [5].

Le régime juridique des actes de gouvernement est donc clair mais leur nature juridique est plus difficile à dégager. Leur existence exprime la volonté du Conseil d'État de ne pas entrer en conflit avec les autorités gouvernementales. Au-delà de cette politique jurisprudentielle, ces actes ont été confondus au XIXe siècle avec des **actes politiques,** autrement dit avec les actes dictés par un intérêt politique ou *mobile politique* [6]. Longtemps, ils ont été considérés comme la survivance regrettable de la **raison d'État** aboutissant à de véritables dénis de justice. L'idée selon laquelle ils ne font pas partie des actes des diverses autorités administratives dont le législateur a confié le contrôle au Conseil d'État et aux tribunaux administratifs a aussi été défendue ; ils seraient les manifestations d'une **fonction gouvernementale** consistant fondamentalement à assurer le fonctionnement des institutions définies par la Constitution et à mettre en œuvre les mécanismes du régime politique, ainsi qu'à représenter l'État dans la société internationale [7]. Force est malgré

---

1. CE 28 mars 1947, *Gombert*, *RDP* 1947.95, note M. Waline. Plus fréquemment, l'évolution se traduit par l'admision du recours pour excès de pouvoir. Exemple récent, parmi d'autres : CE 18 déc. 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI Haselaecker*, *RFDA* 1999.315, concl. G. Bachelier ; *AJDA* 1999.180, chron. Raynaud et Fombeur ; *supra*, p. 118 (contrôle de la régularité de la ratification ou approbation d'un traité ou accord).

2. V. TC 2 déc. 1991, *COFACE*, *AJDA* 1992.617, note G. Teboul ; CE 23 sept. 1992, *GISTI et MRAP*, *AJDA* 1992.752 concl. D. Kessler ; Au CE 15 oct. 1993, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, *RFDA* 1993.1179 concl. Chr. Vigouroux *GAJA* n° 100 (est détachable un refus d'extradition). V. aussi O. Cayla, « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *RFDA* 1994.1.

3. Est un acte « détachable des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution », le décret par lequel le Premier ministre charge un député d'une mission temporaire : CE 25 sept. 1998, *Mégret*, *RDP* 1999.254, concl. C. Maugüé. De même, « la décision par laquelle le Premier ministre refuse d'engager la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution pour procéder par décret à la modification d'un texte de forme législative se rattache à l'exercice du pouvoir réglementaire » : CE 3 déc. 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, *supra*, p. 160.

4. CE 18 déc. 1992, *Mhamedi*, *AJDA* 1993.82, chron. C. Maugüe et R. Schwartz (décision de suspendre l'application d'un accord international).

5. V. *supra,* p. 592.

6. V. CE 1er mai 1822, *Laffitte*, *R.* 202 : « La réclamation... tient à une *question politique* dont la décision appartient exclusivement au gouvernement ». À comparer avec CE 19 févr. 1875, *Prince Napoléon*, *D.* 1875.3.18, concl. David, *GAJA* n° 3, qui marque l'abandon de toute motivation faisant référence au mobile politique.

7. Les actes de gouvernement ont ainsi suscité tout un débat théorique que l'on trouve exposé dans deux articles essentiels. M. Virally, (« L'introuvable *acte de gouvernement* », *RDP* 1952.317) condamne le maintien, « accidentel mais funeste, de l'expression d'« actes de gouvernement » qui, en paraissant couvrir des décisions en réalité étrangères les unes aux autres, exigeait une explication unique — dont l'expérience

tout de constater quel'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement n'a pas de fondement juridique clair et précis. Le Conseil d'État invoque souvent son « incompétence » en raison de la « nature » de l'acte. Mais précisément cette nature n'est pas déterminée : il existe une liste des actes de gouvernement mais non une définition générale. En témoigne la fréquence des conclusions non suivies. Là où le Commissaire du gouvernement Salat-Baroux reconnaît un acte administratif, le Conseil d'État se déclare incompétent (affaire *Mme Ba*). Inversement, il admet le recours quand Mme Maugüé estime que l'acte attaqué n'est pas de nature à être déféré devant la juridiction administrative (affaire *Mégret*). L'affirmation de son incompétence par le juge apparaît surtout comme un moyen de justifier l'irrecevabilité des recours contre des actes qu'il refuse de contrôler [1]. Cette auto-limitation du juge soulève, en outre, le *problème de sa compatibilité avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme* garantissant « un recours effectif devant une instance nationale ». Quoi qu'il en soit, si l'on considère que l'acte de gouvernement est une notion condamnable dans le contexte de l'État de droit, l'évolution souhaitable vers une recevabilité des recours appelle néanmoins des nuances. Notamment la recevabilité suppose un intérêt à agir, ce qui renvoie au problème, lui-même complexe, de la détermination par le juge de cet intérêt du requérant.

B. Un acte faisant grief

Selon l'expression retenue par la jurisprudence, seules des *« décisions faisant grief »* sont susceptibles d'être déférées au juge de l'excès de pouvoir. N'en font pas partie les mesures simplement indicatives (par lesquelles l'Administration fait connaître son opinion ou annonce un projet), les divers éléments de la préparation d'une décision (comme un avis ou l'engagement d'une enquête) ou, parfois, une mise en demeure [2], les actes

---

a montré l'impossibilité ». R. Chapus (« L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.* 1958, chron. 5) défend très brillamment l'existence d'une fonction gouvernementale : « Lorsque le gouvernement accomplit, en matière intérieure ou internationale, de ces actes en lesquels on reconnaît des actes de gouvernement, on voit mal en quoi il s'acquitte de tâches administratives. Assurer le fonctionnement des institutions et des mécanismes du régime démocratique et parlementaire, entretenir des relations avec les États étrangers ou les organisations internationales, faire la guerre, est-ce exercer une activité administrative ? Nous ne le pensons vraiment pas, et nous croyons que la jurisprudence sur les actes de gouvernement illustre de façon extrêmement intéressante l'existence d'une activité gouvernementale. Cette jurisprudence n'ignore pas que l'Administration n'est pas tout et qu'on doit en distinguer le gouvernement. C'est sur la base de ces considérations qu'il convient, à notre avis, de procéder à la détermination des actes du gouvernement, des actes par lesquels se manifeste l'activité gouvernementale. Certes, le fait que les actes de gouvernement sont soumis à une régime d'immunité juridictionnelle est de nature à faciliter leur identification dans la jurisprudence (lorsqu'ils ont fait l'objet de décisions de justice) et cette immunité, dans l'état actuel du droit positif, achève de les définir. Mais même si ce régime d'immunité était aboli ou altéré par une intervention législative ou une évolution jurisprudentielle, il faudrait continuer à reconnaître l'existence des actes de gouvernement, et à les distinguer dans la masse des actes du pouvoir exécutif. »

1. Il convient de souligner qu'en *Espagne*, le législateur a mis fin à l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en donnant compétence au juge administratif pour en contrôler certains éléments. V. F. Melleray, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol », *RFDA* 2001.1086.

2. La notion de « **mesure préparatoire** » présente quelques ambiguïtés : il peut s'agir d'une mesure effectivement non décisoire, ou d'une véritable décision mais qui ne constitue qu'un élément de préparation d'une décision finale. Dans tous les cas, le recours pour excès de pouvoir est en principe irrecevable. Toutefois, il faut noter que sur le fondement de la loi du 2 mars 1982 le déféré préfectoral est recevable contre les délibérations à caractère préparatoire des collectivités locales et de leurs établisse-

confirmatifs d'une décision antérieure et, surtout, les *mesures d'ordre intérieur,* les *circulaires dénuées de caractère impératif,* les *directives.*

– Le juge administratif a traditionnellement qualifié de **« mesures d'ordre intérieur »** (donc insusceptibles de recours) des décisions à caractère général ou individuel ayant pour objet le bon fonctionnement et la discipline de certains services. Il s'agit essentiellement de l'armée, de l'enseignement et des services pénitentiaires [1].

Pour justifier l'irrecevabilité des recours, les juristes ont évoqué l'adage *de minimis praetor non curat* (le juge ne s'occupe pas des affaires insignifiantes...). Les éléments déterminants étaient, d'une part, la portée très limitée des effets juridiques de ces décisions et, d'autre part, le caractère strictement interne à un service. Cependant ces justifications n'étaient pas pleinement convaincantes au regard de l'État de droit : il s'agit bien de décisions juridiques (donc théoriquement susceptibles de faire l'objet d'un recours), et, de plus elles ne sont pas toujours de portée minime pour les destinataires.

Ces considérations et l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme ont conduit le juge français à modifier sa position. Depuis quelques années, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a une conception extensive du droit à un recours effectif reconnu à l'article 13 de la Convention, il admet de plus en plus comme « faisant grief » des décisions qui étaient auparavant qualifiées de mesures d'ordre intérieur. Ainsi en est-il des règlements internes des établissements scolaires et des sanctions prises en application, depuis l'arrêt du Conseil d'État de 1992, *Kherouaa* [2]. De même, en 1995, deux affaires (*Marie* et *Hardouin*) relatives à des sanctions prononcées contre un militaire et un détenu ont consacré un revirement jurisprudentiel [3]. Cette évolution *ne signifie pas une disparition totale de la catégorie des mesures d'ordre intérieur* [4]. Comme par le passé, le recours pour excès de pouvoir n'est

---

ments publics : CE 15 avr. 1996, *Syndicat CGT des hospitaliers de Bédarieux*, *RFDA* 1996.1169, concl. J.-D. Combrexelle.

La jurisprudence relative à la **mise en demeure** est, elle aussi, complexe, car cette notion recouvre, en fait, des mesures de nature diverse dont certaines sont considérées comme faisant grief : CE 25 janv. 1991, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, *RFDA* 1991.285, concl. B. Stirn (mise en demeure du ministre de la Santé adressée à un laboratoire pharmaceutique de reprendre la commercialisation de la pillule abortive RU 486).

1. Sur cette jurisprudence « traditionnelle », v. notamment : CE 21 oct. 1938, *Lote*, *R.* 786 (interdiction de porter un insigne à l'école) ; CE 27 janv. 1984, *Caillol*, *AJDA* 1984.107, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue ; *RDP* 1984.483, concl. contraires B. Genevois (est alors encore considérée comme mesure d'ordre intérieur la décision de placer un détenu en « quartier de plus grande sécurité »).

2. CE 2 nov. 1992, *Kherouaa*, *RFDA* 1993.112, concl. Kessler.

3. CE 17 févr. 1995, *Marie*, et CE 17 févr. 1995, *Hardouin*, *RFDA* 1995.563, concl. Frydman ; *GAJA* n° 101. Ont également été admis des recours contre les décisions des arbitres prises lors de compétitions sportives, alors qu'auparavant ces décisions étaient assimilées à des « mesures d'ordre intérieur » (contrairement aux sanctions prises par les instances sportives) : V. CE 25 janv. 1991, *Vigier*, *AJDA* 1991.389. Le Conseil d'État affirme qu'il appartient au juge « d'exercer son contrôle sur le respect des principes et des règles qui s'imposent aux auteurs de tout acte accompli dans l'exercice d'une mission de service public » ; mais il précise qu'il ne contrôle pas l'application des dispositions techniques propres à chaque discipline sportive, ni l'appréciation des performances des sportifs.

4. La décision d'un directeur de maison d'arrêt refusant d'acheminer un courrier entre deux détenus reste une mesure d'ordre intérieur (CE 8 déc. 2000, *Frérot*, *RFDA* 2001.261), tout comme la décision de placer un détenu en cellule disciplinaire à titre préventif (CE 12 mars 2003, *Frérot*, *AJDA* 2003.1271, concl. contraires T. Olson). Dès lors que comptent surtout les effets concrets de la décision en cause, la jurisprudence ne peut toutefois que rester très ouverte : une mesure de « déclassement » d'emploi d'un

admis que contre les décisions portant une atteinte substantielle à des droits et libertés, ou à une situation statutaire ou financière [1].

– D'une manière générale, « la **circulaire** est un pavillon qui peut recouvrir toute sorte de marchandises : ordres du jour, conseils, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règle de droit » [2]. Face à la prolifération de ces circulaires que les chefs de service, notamment les ministres, adressent à leur administration pour encadrer leur action, le juge s'est trouvé confronté à des problèmes délicats. Se refusant à admettre le recours contre des documents ne modifiant en rien l'ordonnancement juridique, il ne l'a pas écarté dès lors qu'apparaissaient dans ces documents des dispositions ajoutant des données juridiques nouvelles par rapport aux dispositions qu'ils sont censés simplement expliquer. Ont ainsi été distinguées, dans l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker* de 1954, les *circulaires interprétatives* et les *circulaires réglementaires*. Seules les premières étaient insusceptibles de recours. Ce sont celles qui se bornent soit à rappeler une réglementation ou une décision antérieure, soit à interpréter un texte ou à recommander un certain comportement à des agents. Pour les secondes, le recours se justifiait par le fait qu'elles constituent de véritables règlements ; en soumettant, par exemple, l'exercice d'un droit à des sujétions nouvelles ou en l'entourant de garanties qui n'étaient pas prévues initialement. Se posait alors, au fond, le problème de l'étendue des compétences réglementaires attribuées aux autorités administratives. Une circulaire réglementaire n'est régulière que si elle émane d'une autorité ayant le pouvoir de la prendre. En pratique, et bien que soit reconnu aux ministres et autres chefs de service, le pouvoir de prendre des règles générales pour les nécessités de leurs services [3], le juge a fréquemment eu l'occasion d'annuler des circulaires réglementaires pour incompétence de leur signataire [4].

Apparemment claire, la distinction des circulaires interprétatives et des circulaires réglementaires s'est finalement révélée difficile à mettre en œuvre, donnant lieu à une jurisprudence complexe qui a conduit à l'abandonner, en 2002, comme critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Alors, lui a été substitué un nouveau critère

---

détenu (refus d'autorisation de travail ou refus d'affectation à un emploi) peut selon les cas être ou ne pas être d'ordre intérieur ; elle peut même l'être quand l'Administration l'a pourtant qualifiée de « mesure faisant grief » (CAA Nantes 29 juin 2005, *Planchenault*, *AJDA* 2005.1950, chron. J.-F. Millet).

1. Après être resté lui aussi insusceptible de recours (CE 28 févr. 1996, *Fauqueux*, *RFDA* 1997.628), le « placement à l'isolement d'un détenu contre son gré » constitue ainsi désormais, « eu égard à l'importance de ses effets sur les conditions de détention », une décision susceptible de recours (CE 30 juill. 2003, *M. Remli*, *AJDA* 2003.2090, note D. Costa) – Dans une affaire (« *Carlos* ») où, avant 2003, avait été appliquée la jurisprudence de 1996, la France a été condamnée par la CEDH pour défaut de recours effectif (CEDH 27 janv. 2005, *Ramirez Sanchez/France*, *AJDA* 2005.1388, note D. Costa).

2. Concl. B. Tricot, sur CE 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, *R.* 64, *RPDA* 1954.50. V. aussi : R.-É. Charlier, « Circulaires, instructions de services et autres prétendues mesures intérieures », *JCP* 1954.I.1169 ; G. Koubi, *Les circulaires administratives*, Economica, coll. « Corpus », 2003.

3. CE 7 févr. 1936, *Jamart*, *S.* 1937.3.113, note J. Rivero ; *GAJA* n° 50.

4. Cela est révélateur du fait que l'appellation de circulaire a trop souvent servi de couverture à une réalité juridique disparate et contestable. Améliorer les rapports entre l'Administration et les administrés nécessiterait certainement une clarification de la terminologie et des pratiques. En ce sens, il y a vingt ans déjà, dans une circulaire... relative aux circulaires ministérielles, du 15 juin 1987, le Premier ministre a notamment précisé à l'intention des membres du gouvernement que « la circulaire ne peut créer pour les usagers d'obligations qui ne résulteraient ni de la loi ni du règlement. Même dans le cas où un ministre est habilité, dans un domaine déterminé, à édicter des dispositions réglementaires, il sera de bonne administration de prendre celles-ci par arrêté et non par circulaire ».

que consacre l'arrêt *Duvignères* [1]. S'opposent désormais les **circulaires dénuées de caractère impératif** et les **circulaires impératives**. Ce qui compte ce n'est pas leur objet mais leur effet. Une circulaire, même purement interprétative, fait grief et est susceptible de recours si elle est impérative [2]. Quels vont être les critères de l'« impérativité » ? S'il est évident qu'ils sont essentiellement subjectifs (et tiennent dans la volonté de l'autorité administrative de créer des droits et obligations ou d'imposer une interprétation), la réponse est malaisée [3].

Quoi qu'il en soit, alors même qu'elle ne détermine plus la recevabilité du recours, la distinction des circulaires selon qu'elles sont interprétatives ou réglementaires reste opérante pour apprécier la régularité des dispositions d'une circulaire impérative [4]. Si la circulaire fixe une règle nouvelle, elle est en réalité réglementaire et elle peut s'apprécier toujours comme avant 2002. De ce point de vue du contrôle effectué, la nouveauté concerne les circulaires interprétatives. Pour annuler une telle circulaire, au motif qu'elle « réitère une règle contraire à une norme supérieure », il faut contrôler cette règle — Ce qui revient, observait notamment la commissaire du gouvernement Fombeur, à ouvrir aux requérants, par le biais des circulaires, une voie de recours contre la loi quand elle est contraire aux engagements internationaux de la France [5].

---

1. CE 18 déc. 2002, *Mme Duvignères*, *RFDA* 2003.274, concl. P. Fombeur, et 510, note J. Petit ; *GAJA* n° 116 : « Cons. que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ». La distinction ainsi faite n'était pas absolument inédite ; quelques mois plus tôt, dans l'arrêt *Villemain* (CE 28 juin 2002, *AJDA* 2002, chron. F. Donnat et D. Casas) elle apparaissait déjà déterminante. *Adde :* G. Koubi, « Distinguer « l'impératif » du « réglementaire » au sein des circulaires interprétatives », *RDP* 2004.499.

2. Il faut distinguer du cas général, les circulaires et instructions de l'administration fiscale (la « doctrine administrative »). Pour celles-ci, la recevabilité du recours ne dépend pas du caractère impératif mais seulement de l'opposabilité à l'administration sur le fondement de l'article L.80 du Livre des procédures fiscales – Article interdisant à l'administration de redresser le contribuable ayant aménagé sa situation fiscale personnelle en fonction de l'interprétation de la loi fiscale retenue par l'administration fiscale, quand bien même cette interprétation se révèlerait illégale. V. CE 16 déc. 2005, *Société Friadent France*, *AJDA* 2006.721, note M. Collet. V. aussi (à propos d'une ordonnance du 6 juin 2005 admettant une même opposabilité en matière de sécurité sociale) P. Combeau, « Doctrine fiscale, doctrine sociale... et après ? », *AJDA* 2005.1809 ; « Du nouveau en matière d'invocabilité de l'interprétation administrative », *JCP* 2005, n° 28, p. 1331.

3. Les termes utilisés ne sont pas forcément décisifs : « Dans le style administratif, l'invitation peut être la forme polie d'un ordre ou la forme pesante d'une recommandation » (concl. G. Braibant, *RDP* 1962.739 ; citées par J. Petit, *RFDA* 2003.516, lequel conclut qu'« on a le sentiment, toutefois, que la mise en œuvre du critère de l'impérativité offrira moins de difficultés que celle du critère de la nouveauté, qui continue, selon l'arrêt considéré, à fonder la distinction entre circulaire interprétative et circulaire réglementaire »).

4. Selon l'arrêt *Duvignères*, « le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ;... il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ».

5. Pour une illustration : CE 30 juill. 2003, *Association Avenir de la langue française*, *AJDA* 2003.2156, note J.-M. Pontier — Avec ces précisions, à l'adresse des ministres : il leur appartient, le cas échéant, « dans l'hypothèse où des dispositions législatives se révèleraient incompatibles avec des règles communautaires, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application » ; ils « ne peuvent

– Par le moyen des **directives**, l'Administration détermine les conditions dans lesquelles elle exercera un pouvoir discrétionnaire qui lui a été conféré [1].

Dans la mesure où la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire implique une libre appréciation des particularités de chaque situation, l'existence de directives codifiant à l'avance les modalités de l'action paraît inacceptable. Et ces directives s'apparentent en fait à l'édiction de règlements par des ministres qui, on le sait, ne disposent d'un pouvoir réglementaire que dans des conditions limitées [2]. Pourtant, le juge administratif, d'abord réticent, a dû tenir compte de la pratique, notamment dans le domaine de l'interventionnisme économique. Il a admis l'existence de directives mais avec des réserves juridiques très strictes [3]. Les directives, selon la jurisprudence *Crédit foncier de France,* traduisent un « pouvoir d'orientation » mais elles n'ont pas le caractère réglementaire et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'administré ne peut qu'attaquer une décision prise en référence à une directive et invoquer alors l'irrégularité soit de la directive elle-même, soit de son application à l'espèce. Les directives ne dispensent l'Administration ni de l'examen particulier de chaque dossier ni de la prise en compte d'un intérêt général justifiant une dérogation à une directive.

Matériellement, les directives ne se différencient pas des circulaires et instructions de services ou d'autres notes administratives. Elles ne sont pas soumises à des règles particulières de forme, et l'arrêt Géa les dispensait d'une publication, ce qui présentait un inconvénient certain pour les administrés. Aussi la loi du 17 juillet 1978 [4] a assujetti à une publication régulière les « directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives ». Cette amélioration ne remédie pas cependant au problème de fond de tous ces documents administratifs, qui ont un caractère « paraéglementaire » et produisent des effets juridiques sans être assortis de toutes les garanties indispensables à l'édiction d'une réglementation.

C. Un acte unilatéral ?

Le recours pour excès de pouvoir n'est en principe recevable que contre les *décisions* de l'Administration, et non contre les *contrats*. Apparu vers 1860, ce principe fut ensuite appliqué avec rigueur dans la mesure où tous les actes servant de fondements ou de conditions au contrat étaient inclus dans un même ensemble insusceptible de recours pour excès de pouvoir. Tel n'est plus le cas.

---

en revanche trouver dans une telle incompatibilité un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à ces dispositions législatives ».

1. De telles directives doivent être distinguées, d'une part, des *directives communautaires* (qui imposent aux États membres des communautés, un résultat à atteindre) et, d'autre part, en droit interne, des directives de caractère réglementaire, telles les *directives territoriales d'aménagement* prévues à l'article L. 111.1.1 du Code de l'urbanisme.

2. CE 23 mai 1969, *Sté Distillerie Brabant*, *AJDA* 1969.640, concl. N. Questiaux.

3. CE 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *R.* 750, concl. L. Bertrand, *RDP* 1971.1224, note M. Waline, *GAJA* n° 87 ; CE 29 juin 1973, *Sté Géa*, *RDP* 1974.547, note M. Waline ; CE 12 déc. 1997, *Oniflhor*, *DA* févr. 1998, p. 7, concl. J.-H. Stahl. Et M. Cliquennois, « Que reste-t-il des directives ? », à propos du 20e anniversaire de l'arrêt *Crédit foncier de France*, *AJDA* 1992.3.

4. V. *supra*, dossier 1, p. 25.

Longtemps, la jurisprudence s'est surtout préoccupée de remédier au grave inconvénient que présentait une irrecevabilité globale pour les tiers qui n'ont pas accès au contentieux contractuel. C'est pourquoi le juge administratif, tout en maintenant le principe, l'a assoupli en acceptant d'examiner des recours contre les décisions unilatérales afférentes au contrat, c'est-à-dire les *actes préalables* à celui-ci (décision de passer un contrat, autorisation ou approbation préalables, voire même signature du contrat). Cette jurisprudence est fondée sur la technique de l'**acte détachable,** inaugurée dans un arrêt *Martin* de 1905 [1], et, élargie, ensuite, de deux manières. D'une part, l'analyse s'est affinée : par exemple, la *résiliation* [2] ou le *refus de résiliation*, et d'autres actes relatifs à l'*exécution* du contrat ont pu être détachés de ce dernier et attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir par des tiers (qui ne sont pas parties à la convention). D'autre part, le juge a admis la recevabilité de recours pour excès de pouvoir intentés par les *cocontractants* eux-mêmes contre les actes détachables du contrat et relatifs à sa *conclusion* — Ils ne peuvent contester en excès de pouvoir les actes relatifs à l'exécution ou à la résiliation du contrat, à l'exception des actes réglementaires résiliant toute une catégorie de contrats [3]. Ainsi, dans un arrêt de 1987, le Conseil d'État affirme : « à l'égard du concessionnaire d'un service public, l'acte par lequel l'autorité concédante prononce la résiliation du contrat n'est pas détachable du contrat » et, donc, « le concessionnaire ne peut exercer contre une telle décision d'autre action que celle qu'il peut engager devant le juge du contrat » [4].

Il ne s'agit toutefois plus seulement aujourd'hui de circonscrire. Tendent à se multiplier les exceptions et donc les recours possibles contre les **contrats.** D'abord, le principe traditionnel d'irrecevabilité a été limité par la loi de 1982 dans le cadre particulier du *déféré préfectoral* : le préfet peut exercer un recours en annulation contre les contrats des collectivités territoriales soumis à l'obligation de transmission, et même contre ceux qui ne sont pas soumis à cette obligation [5]. Ensuite, le Conseil d'État a admis le recours contre

---

1. CE 4 août 1905, *Martin*, *R.* 749, concl. J. Romieu, *GAJA* n° 16.
2. CE 24 avr. 1964, *Société anonyme de livraisons industrielles et commerciales*, *AJDA* 1964.308, concl. M. Combarnous, et p. 293.
3. CE 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, *AJDA* 1958.282, concl. J. Kahn.
4. CE 2 févr. 1987, *Société France 5*, et, *Société TV6 et autres* (2 arrêts), *AJDA* 1987.360 et 314. L'annulation d'un acte détachable relatif à la passation d'un contrat, n'ayant aucun effet direct sur le contrat lui-même (son exécution peut être poursuivie), n'a longtemps eu qu'un caractère théorique. Cela aboutissait à des situations juridiquement paradoxales puisqu'un élément essentiel du processus contractuel avait disparu. Pour y remédier, la jurisprudence a fait en sorte que puissent être tirées les conséquences de l'annulation d'un acte détachable — Lesquelles évidemment dépendent des motifs de l'annulation. D'abord, il a été admis que celle-ci peut entraîner d'office la constatation de la nullité du contrat par le juge du contrat (s'il est saisi) : CE 1er oct. 1993, *Sté Le yacht-club international de Bormes-les-Mimosas*, *AJDA* 1993.810. Ensuite, le Conseil d'État a fait usage de son pouvoir de prononcer une astreinte contre l'administration pour l'obliger à saisir le juge du contrat d'une action en nullité : CE 7 oct. 1994, *Lopez*, *RFDA* 1994.1090. Plus récemment, usant des pouvoirs que lui reconnaît la loi du 8 févr. 1995, il a enjoint à l'autorité mise en cause de provoquer la résolution du contrat soit d'un commun accord entre les parties, soit, à défaut de cet accord, en saisissant le juge du contrat : CE 26 mars 1999, *Société Hertz-France*, *RFDA* 1999.977, note D. Pouyaud. Sur ces questions, v. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2002, n° 224 et s. et *AJDA* 1998.170, observations à propos d'une réponse du Conseil d'État à une demande d'éclaircissement sur les conséquences d'un arrêt du 1er oct. 1997, *Avrillier*, annulant une délibération du conseil municipal de Grenoble autorisant le maire à signer des contrats de délégation de service public.
5. CE 28 juill. 1991, *Commune de Sainte-Marie* ; CE 4 nov. 1994, *Département de la Sarthe* ; *supra*, dossier 5, p. 249.

les *clauses de nature réglementaire* [1]. Il a aussi jugé que, « eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires, les *contrats par lesquels il est procédé au recrutement* de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant » [2].

§ 4. Le juge compétent

La compétence pour statuer sur les recours pour excès de pouvoir appartient normalement en premier ressort aux *tribunaux administratifs* (parfois en premier et dernier ressort), et, en appel, aux *cours administratives d'appel.* Juge de cassation, le *Conseil d'État* est aussi dans certains cas compétent en premier et dernier ressort [3].

En toutes hypothèses, le requérant ne doit pas disposer d'un *recours parallèle,* c'est-à-dire d'une voie de droit équivalente à celle du recours pour excès de pouvoir. Si tel est le cas, ce dernier est irrecevable et le requérant se voit opposer l'**exception de recours parallèle** : il doit s'agir d'un recours de même nature (c'est-à-dire juridictionnel, et non simplement administratif) et d'une efficacité identique (possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte). Établie en vue de faire respecter la répartition des compétences entre les juridictions et la distinction des contentieux (excès de pouvoir et plein contentieux), cette condition de recevabilité n'a plus l'importance qu'elle pouvait avoir à la fin du XIXe siècle car le recours pour excès de pouvoir est très largement ouvert. Néanmoins, le *recours fiscal* contre un acte individuel d'imposition devant le juge de l'impôt apparaît toujours comme un recours parallèle. De même, la compétence du Conseil constitutionnel en matière d'élections ou de référendum peut conduire le Conseil d'État à décliner sa compétence [4].

La volonté du Conseil d'État d'élargir le domaine du recours pour excès de pouvoir est ancienne. Elle s'est manifestée, dès 1912, au sujet des rapports entre le *contentieux de l'annulation* et le *contentieux de l'indemnisation*. Alors que la jurisprudence traditionnelle considérait que les recours ayant un objet pécuniaire sont de plein contentieux, le Conseil d'État admit dans l'arrêt *Lafage* [5] que le requérant pouvait utiliser la voie du recours pour excès de pouvoir dans un litige relatif à son traitement (en l'espèce, une solde) dans la mesure où sa requête met en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative. Le Commissaire du gouvernement fit valoir, en effet, que les litiges de ce type portent sur des sommes minimes et que, si le ministère d'un avocat était néanmoins requis, « les frais de l'instance dépasseraient, dans bien des cas, l'allocation réclamée ». La liberté laissée au requérant n'en est pas moins restreinte. Il ne peut pas intenter successivement un recours pour excès de pouvoir et un recours de plein contentieux : si le premier est tardif, il ne peut

---

1. CE 10 juill. 1996, *Cayzeele*, *supra,* p. 445.
2. CE 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, *CJEG* 1999.61, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 1998.969, chron. F. Raynaud et P. Fombeur. Et, *supra*, p. 454, sur les interrogations suscitées par toutes ces jurisprudences.
3. V. le dossier 2, p. 42 et s.
4. À l'occasion du référendum du 25 septembre 2000 relatif à la réduction de la durée du mandat du président de la République, le Conseil constitutionnel a admis sa compétence pour connaître de recours formés, préalablement à la tenue du scrutin, contre les décrets portant organisation du référendum et de la campagne référendaire ; compte tenu de « cette voie de recours exceptionnelle », des recours pour excès de pouvoir contre les mêmes décrets ont été déclarés irrecevables (CE 1er sept. 2000, *Larrouturou, RFDA* 2000.989, concl. H. Savoie, note R. Ghevontian).
5. CE 8 mars 1912, *Lafage*, *R.* 348, concl. G. Pichat ; *GAJA* no 24.

introduire le second et se trouve dès lors complètement désarmé [1]. En bref, il tire de la jurisprudence *Lafage* le bénéfice d'être dispensé du ministère d'avocat, mais il est tenu de respecter le délai de deux mois pour saisir le juge.

Après 1912, il y a eu extension de cette jurisprudence à d'autres domaines. Toutefois, depuis quelques années, le Conseil d'État tend à en réduire le champ d'application. En dépit de la modicité des sommes en jeu, il a ainsi considéré que des requêtes contre des états exécutoires ou des ordres de versement relèvent du plein contentieux et ne sont donc pas dispensées du ministère d'avocat [2].

---

1. CE 26 oct. 1960, *Bena*, *D*. 1961.629, note J. Gilli.
2. CE 27 avr. 1988, *Mbakam*, *R.* 172 ; CE 23 déc. 1988, *Cadhillac*, *R.* 465 ; J. Tercinet, « Le retour de l'exception de recours parallèle », *RFDA* 1993.705 ; et, sur les interrogations suscitées par l'évolution du champ d'application du recours pour excès de pouvoir, *supra,* p. 609.

Chapitre 2

Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir

Les **cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir** sont les *types d'irrégularités* pouvant affecter les actes administratifs : ce sont les **moyens d'annulation** susceptibles d'être invoqués par le requérant ou, pour certains, soulevés d'office par le juge (Section 1), lequel opère ainsi parmi eux, dans le cadre de l'instance, des distictions, avant d'exercer un contrôle plus ou moins approfondi (Section 2).

Section 1
Les différents cas d'ouverture

L'ensemble que forment les cas d'ouverture n'a pas été donné d'emblée. Toute l'histoire du recours pour excès de pouvoir est ponctuée de classifications théoriques qui se sont efforcées de les agréger en catégories aussi homogènes que possibles (§ 1) et qui aujourd'hui reposent sur l'analyse des différents éléments de régularité des actes (§ 2) [1].

§ 1. Les classifications théoriques

Édouard Laferrière [2] a distingué **quatre moyens d'annulation** susceptibles d'être invoqués devant le juge administratif *:* **l'incompétence, le vice de forme, la violation de la loi et des droits acquis, le détournement de pouvoir.** Il cerne ainsi ces notions : « L'*incompétence* peut être définie comme l'inaptitude légale d'une autorité à prendre une décision » ; « le *vice de forme* consiste dans l'omission ou dans l'accomplissement incomplet ou irrégulier des formalités auxquelles un acte administratif est assujetti par les lois et règlements » ; « *la violation de la loi* n'est un moyen d'annulation que si elle constitue en même temps *une atteinte à un droit* » [3], mais elle « doit être largement comprise » s'étendant, dans certains cas « à la fausse interprétation et même à la fausse application de la loi », car, ajoute-t-il, le « Conseil d'État s'est souvent reconnu le droit de

---

1. Analyse à partir de laquelle sont identifiées *a contrario* et analysées à leur tour les diverses irrégularités possibles V. *supra*, dossier 10, p. 462 ; et, *infra*, le tableau de la page 646.
2. É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 2e éd., 1896, tome 2, p. 496.
3. Le Conseil d'État a abandonné, au début du XXe siècle, cette exigence d'une violation des droits acquis.

rechercher si les faits servant de base à la décision avaient été bien définis au point de vue juridique, et de vérifier, dans ce but, l'existence et la nature de ces faits » [1] ; le *détournement de pouvoir,* enfin, « consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné ».

Mais la jurisprudence a évolué et la classification de Laferrière s'est révélée peu à peu incomplète, du fait de l'affinement du contrôle juridictionnel. En 1951, **François Gazier** (lui aussi Conseiller d'État) a estimé utile de faire le point et de publier une « présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir » [2]. Il oppose légalité (régularité) externe et légalité (régularité) interne en distinguant dans la première le contrôle de l'incompétence, du vice de forme, et de l'irrégularité de procédure, et dans la seconde le défaut de base légale, la violation d'une disposition légale, le détournement de pouvoir ou de procédure.

François Gazier insiste alors sur les trois principales nouveautés de cette présentation :

– Pour lui, la *distinction première* est celle de **l'annulation interne** et de **l'annulation externe.** Cette dernière a « une valeur moindre », explique-t-il ; « en général, elle n'empêche pas l'Administration de reprendre sous des formes extérieures régulières l'acte annulé ; elle ne censure que sur un plan accessoire l'illégalité commise ; elle ne donne souvent au requérant qu'une demi-satisfaction. Or, il arrive qu'une même requête invoque à la fois des moyens de légalité externe et interne qui s'avèrent également fondés. Le Conseil d'État avait tendance autrefois à retenir, parce que suffisant à motiver son annulation, le seul moyen externe qu'il avait examiné en premier rang, le contrôle contentieux d'un acte allant normalement de l'extérieur vers l'intérieur. Pour donner meilleure justice aux requérants, il lui arrive aujourd'hui d'examiner d'abord les moyens de légalité interne pour les retenir de préférence s'ils sont bien fondés ».

– La jurisprudence, constate encore François Gazier, *évite de plus en plus de confondre* le **vice de forme** et la **« méconnaissance d'une formalité préalable à l'acte attaqué »**.

– Enfin, à propos du **défaut de base légale**, il souligne que « c'est le moyen d'annulation qui s'est *développé de manière autonome* depuis É. Laferrière et qu'on n'a pas toujours discerné dans toute son ampleur ». Il en donne une définition très large : « La base légale d'un acte administratif, c'est la conjonction régulière des règles générales qui définissent les pouvoirs de l'Administration et de la situation de fait particulière à laquelle ces pouvoirs en l'espèce s'appliquent. Ce qui amène le juge à rechercher, d'une part, le fondement juridique de l'acte attaqué, et à dégager, d'autre part, en leur matérialité et en leur portée, les faits de l'espèce ». Par conséquent, il y a *défaut* de base légale dans trois cas : « Il se peut, d'abord, qu'aucune coïncidence ne soit possible entre le fondement juridique et la situation de fait » ; il se peut, ensuite, que le fondement juridique soit « entaché d'illégalité » ou « mal interprété » ; il se peut, enfin, que la situation de fait soit « erronée » ou « mal appréciée ».

Avec cette classification, apparaissent bien les différents éléments constitutifs de l'acte administratif. Il est clair que, pour dégager les différents cas d'ouverture, « il faut partir de l'idée que le recours pour excès de pouvoir tend au contrôle de la légalité, c'est-à-dire au

---

1. Pour É. Laferrière, le juge de l'excès de pouvoir était donc, dès le XIXe siècle, *juge du fait*.
2. F. Gazier, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE* 1951.77.

sens large de la *régularité juridique* de l'acte administratif sous tous ses aspects » [1]. Après l'avoir rappelé **Georges Vedel** et **Pierre Delvolvé** présentent ainsi les cas d'ouverture en distinguant le contrôle formel de l'acte attaqué (incompétence, vice de forme) et le contrôle matériel de l'acte (point de vue objectif : violation de la loi, et point de vue subjectif : le détournement de pouvoir). « L'on retrouve ainsi, précisent-ils, les quatre ouvertures classiques » (celles de Laferrière), mais dans le cadre d'une « présentation rationnelle », parce que conçue à partir des éléments de l'acte.

§ 2. L'ANALYSE DES CAS D'OUVERTURE

A. Illégalités externes

I. Incompétence

Si une autorité administrative excède les limites de sa compétence, sa décision est illégale pour vice d'incompétence.

Un tel comportement correspond, le plus souvent, à un empiétement sur la compétence d'une autre autorité. La terminologie juridique habituelle distingue ainsi l'**incompétence *rationae materiae,*** lorsque l'auteur de l'acte n'était pas compétent quant à la *matière traitée* qui relevait du législateur, de l'autorité judiciaire, ou d'une autre autorité administrative, l'**incompétence *ratione loci,*** lorsqu'il a méconnu les *limites territoriales* de sa compétence, c'est-à-dire a statué, en réalité à l'égard de personnes qui ne dépendent pas de lui, l'**incompétence *ratione temporis,*** lorsqu'il a agi en dehors de la *durée de son investiture* (avant son entrée en fonctions ou après sa sortie de fonctions...). En outre, une incompétence particulièrement grave peut être considérée comme une **usurpation de pouvoirs** de sorte que *les actes accomplis sont inexistants* (et pas seulement irréguliers). Il faut toutefois noter qu'en dépit de la rigueur des règles relatives à la compétence, dans certains cas, l'urgence et les circonstances exceptionnelles peuvent couvrir l'incompétence d'une autorité.

Des incompétences naissent aussi de la violation du principe du **parallélisme des compétences :** selon ce principe, dans le silence du texte ayant donné compétence à une autorité pour prendre une décision, celle-ci est aussi compétente pour sa modification, son abrogation ou son retrait (seul le président de la République est compétent pour modifier un décret du président de la République, seul le ministre est compétent pour abroger l'arrêté ministériel qu'il a pris, etc.) [2].

Enfin, le Conseil d'État qualifie d'incompétences les irrégularités relatives à sa propre consultation [3], de même que celles qui concernent les avis conformes.

---

1. G. Vedel et P. Delvolvé, *DA*, tome II, p. 301.
2. Évidemment, il en va autrement si l'autorité en question ne détient plus sa compétence initiale, par exemple, suite à un transfert de compétence. Auquel cas, seule peut modifier, abroger ou retirer, l'autorité qui s'est substituée à elle.
3. V., par exemple, CE 1er juin 1962, *Union générale des syndicats des mandataires des halles*, *R*. 107. Qualifier d'incompétence, permet au juge de soulever d'office le défaut de consultation (il s'agit d'un moyen d'ordre public) mais sous-entend que le Conseil d'État, comme il le donne lui-même à penser en parlant d'une compétence qu'il exerce « conjointement avec le gouvernement », est coauteur des décrets

Par ailleurs, on parle d'*incompétence négative,* bien qu'il s'agisse plutôt d'une erreur de droit selon la jurisprudence, lorsqu'une autorité méconnaît sa propre compétence. Autrement dit, dans ce cas l'autorité est bien compétente. Mais elle refuse de prendre un acte en se déclarant incompétente alors qu'elle peut ou doit agir, ou bien elle se considère à tort liée par un avis alors qu'elle conserve sa liberté d'appréciation après la consultation.

II. Irrégularité de procédure

L'irrégularité de procédure (communément appelée « vice de procédure ») entraînant la nullité de l'acte consiste soit en l'**omission d'une procédure obligatoire**, soit en la dénaturation d'une procédure effectivement accomplie par une **irrégularité substantielle** (un avis a été pris et éventuellement suivi mais la consultation a été donnée par un organisme dont la composition ne respectait pas le principe d'impartialité). En revanche, une irrégularité vénielle (qui n'empêche pas d'atteindre le but visé dans l'accomplissement de la procédure) est sans effet sur la régularité de l'acte [1].

Par application du **parallélisme des procédures,** la modification, l'abrogation ou le retrait d'un acte sont irréguliers s'ils violent les règles applicables à la décision qu'ils remettent en question ; toutefois, les procédures prévues pour l'acte initial ne valent pour l'acte contraire que si cette exigence est justifiée par leur finalité [2].

Pour tenir compte des exigences de la pratique, le juge ne sanctionne pas l'omission d'une procédure obligatoire s'il considère que celle-ci est, en l'espèce, une *« formalité impossible ».* Ainsi, en premier lieu, des circonstances exceptionnelles dispensent l'Administration d'accomplir des procédures qui retarderaient des décisions urgentes. En second lieu, certaines procédures sont matériellement irréalisables, bien que des textes les prévoient et prétendent les imposer : par exemple, la consultation d'un organisme qui a été supprimé ne peut évidemment pas être exigée. En troisième lieu, la volonté d'obstruction des intéressés peut expliquer une irrégularité et conduire le juge à n'en pas tenir compte : lorsque les membres d'une commission s'abstiennent systématiquement de répondre aux convocations, l'Administration ne saurait être tenue pour responsable de l'absence d'avis de cette assemblée.

---

en Conseil d'État. Il serait plus exact de dire que l'on est en présence d'une irrégularité de procédure, quitte a considérer toujours qu'il y a bien là un moyen d'ordre public — ce qui se justifierait par le fait que les avis en question ne sont rendus publics qu'avec l'autorisation de leur destinataire et que seul le juge est à même de détecter d'éventuelles irrégularités. V. aussi *supra*, p. 197 et p. 471. La décision citée du Conseil constitutionnel considérant comme vice de procédure l'irrégularité de la consultation par le gouvernement du Conseil d'État, sur un projet de loi, pose la question de savoir si le « processus de consultation s'inscrit dans une logique différente, selon que le Conseil d'État est consulté à propos d'un texte réglementaire ou législatif » (comm. G. Drago) et, par-là même, relance les discussions sur la signification de sa fonction consultative.

1. On confond parfois procédures *obligatoires* et procédures *substantielles* (ou formes obligatoires et formes substantielles). En réalité, si les procédures (ou les formes) sont obligatoires ou facultatives, ce sont les irrégularités qui les affectent éventuellement qui sont substantielles ou vénielles même si le caractère obligatoire d'une procédure (ou d'une forme) peut résulter de son caractère substantiel, c'est-à-dire utile, opératoire, profitable à la bonne marche des services, nécessaire à la protection des droits des administrés (et particulièrement des libertés publiques) — mais l'épithète est alors prise dans un sens différent.

2. CE 28 avr. 1967, *Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques et autres*, *AJDA* 1967.401, concl. J.-M. Galabert.

III. Vice de forme

Il s'agit d'une irrégularité relative à la rédaction d'un *instrumentum* comme l'omission d'une motivation. Bien entendu, le juge distingue les **formes obligatoires** (un contre-seing...) de celles qui sont facultatives (des visas...). L'annulation de l'acte peut résulter soit de l'**omission** d'une forme obligatoire, soit, dans le cas où la mention prévue figure bien sur l'acte, de sa **dénaturation,** c'est-à-dire d'une *irrégularité substantielle* qui en affecte la présentation : par exemple, il y a bien en tête de l'acte une formule commençant par « considérant que... » ou « attendu que... », etc., mais ce n'est que l'apparence d'une motivation car, contrairement à la finalité de la règle exigeant celle-ci, les termes employés ne permettent pas de savoir réellement quels faits expliquent en l'espèce la décision prise. En revanche, il n'y a pas matière à annulation si la présentation est seulement viciée par une défectuosité secondaire, une irrégularité *vénielle* [1].

B. Illégalités internes

I. Erreur de droit

D'une certaine manière, toute irrégularité est une erreur de droit. En tant qu'elle désigne, plus précisément, l'**erreur dans les motifs de droit** de l'acte, l'expression vise d'abord les hypothèses dans lesquelles l'acte purement et simplement **« manque de base légale »**. L'Administration a retenu un *fondement juridique inexistant ou inapplicable* ; parce qu'il n'existe pas encore (il s'agit, par exemple, d'une loi dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la publication de décrets d'application qui n'ont pas été pris), ou parce qu'il n'appartient plus à l'ordre juridique (à la suite soit d'une abrogation expresse ou tacite, soit encore d'une annulation). De même, il y a erreur de droit si le fondement juridique est lui-même *irrégulier* (ce qui peut être constaté par la voie d'une « exception d'illégalité »), ou s'il en a été fait une *fausse interprétation*. L'administration se trompe sur le sens ou la portée d'une norme (que celle-ci soit écrite comme une loi ou qu'elle demeure informelle comme certains principes généraux du droit). Ainsi la disposition (législative ou réglementaire), qui exige pour l'adoption d'une délibération une majorité des deux tiers doit être comprise comme imposant une majorité des deux tiers des suffrages exprimés et un recteur commet une erreur de droit en considérant qu'il s'agit de la majorité des membres composant l'assemblée considérée [2].

Quand il estime être en présence d'un manque de base légale, le juge est face à une alternative : ou bien il prononce l'annulation de l'acte ou bien il opère, s'il le peut, une **« substitution de base légale »**. En d'autres termes, il *peut* rétablir le fondement juridique correct de la décision contestée si celle-ci est par ailleurs conforme au droit : ainsi, en 1954, le Conseil d'État considère qu'un maire qui ordonne l'exécution de travaux sur un immeuble insalubre ne saurait se fonder sur une loi de 1902 qui donne compétence au préfet, mais il ajoute que ce maire ne commet pourtant pas une irrégularité puisqu'il aurait

---

1. Il faut clairement distinguer l'irrégularité de procédure et le vice de forme, mais les règles qui s'appliquent à ces deux cas d'ouverture sont très comparables ; toutefois, le principe du parallélisme ne vaut pas pour les formes mais seulement pour les procédures ; et, à la jurisprudence des formalités (procédures) impossibles répondent, en ce qui concerne la forme, les seules dispositions législatives qui suppriment l'obligation de motiver en cas d'urgence (loi du 11 juillet 1979).
2. CE 10 nov. 1978, *Secrétaire d'État aux Universités c/Malet*, *R.* 437.

pu agir de la même manière, en s'appuyant sur ce qui était alors l'article 97 du Code des communes [1]. Cette substitution, qui relève « de l'office du juge », reste pour celui-ci une simple faculté. Il « peut y procéder de sa propre initiative, au vu des pièces du dossier, mais sous réserve, dans ce cas, d'avoir au préalable mis les parties à même de présenter des observations » [2].

II. Erreur de fait

Concernant l'**erreur dans les motifs de fait**, la jurisprudence a beaucoup évolué au cours du XXe siècle [3]. Le juge a affiné, nuancé son contrôle, et il en résulte une diversité d'irrégularités [4].

1. L'Administration commet une irrégularité en se fondant sur un fait qui n'existe pas, c'est-à-dire un *« fait matériellement inexact »*. Le juge contrôle cette **exactitude matérielle** des faits depuis un arrêt de 1916, *Camino*, et cela quelle que soit l'étendue des pouvoirs de l'Administration [5].

2. Ensuite, l'Administration peut commettre une irrégularité en ne qualifiant pas correctement un fait : elle se fonde sur un fait « qui n'est pas de nature à justifier la décision attaquée ». Le juge effectue ce contrôle de la **qualification juridique** des faits dès lors (et c'est fréquent) que l'exercice d'un pouvoir de décision est subordonné à l'existence de certains faits dont la nature est précisée par les textes.

Aussi la décision n'est régulière que si elle s'applique à des faits correspondant à une catégorie particulière (par exemple : tels faits sont-ils constitutifs d'une faute disciplinaire, et donc de nature à justifier une sanction) [6].

3. L'Administration dispose assez souvent d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des faits : soit les textes ne fixent pas de conditions quant à leur qualification, soit au-delà de cette qualification l'Administration a le choix entre plusieurs décisions (par exemple le choix entre les diverses sanctions disciplinaires à l'encontre des fonctionnaires). En dépit de cette liberté accordée à l'Administration, le juge a développé depuis les années 1960 un contrôle de l'**erreur manifeste d'appréciation** [7]. L'objectif est d'imposer aux autorités un minimum de bon sens et de logique, ou d'éviter les solutions

---

1. CE 10 mars 1954, *Dame veuve Picard*, *R.* 151. V. R. Drago, « Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir », *EDCE* 1960.27 ; M.-J. Guédon, « Régularité interne de l'acte administratif et pouvoir de substitution du juge », *AJDA* 1981.443.
2. CE 3 déc. 2003, *Préfet de la Seine-maritime c/El Bahi*, *RFDA* 2004.733, concl. J.-H. Stahl ; *AJDA* 2004.202, chron. F. Donnat et D. Cassas.
3. V. *infra,* la section II sur l'étendue du contrôle.
4. Le juge de l'excès de pouvoir est devenu pleinement *juge du fait* alors qu'il était, au XIXe siècle, *juge du droit* (comme le juge de cassation). V. M. Letourneur, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *EDCE* 1962.51.
5. CE 14 janv. 1916, *Camino*, *supra*, p. 478. À rapprocher d'un arrêt du 20 janv. 1922, *Trépont*, *R.* 65, qui a annulé comme fondée sur une « cause juridique inexistante » la mise en congé d'un préfet « sur sa demande », alors que l'intéressé n'avait pas présenté cette demande.
6. V. l'arrêt de principe : CE 4 avr. 1914, *Gomel*, *supra*, p. 478 (telle place publique forme-t-elle une perspective monumentale, et, si oui, telle construction envisagée est-elle susceptible de lui porter atteinte ?).
7. B. Kornprobst, « L'erreur manifeste », *D.* 1965, chron. 21 ; A. de Laubadère « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *Mélanges offerts à M. Waline, Le juge et le droit public,* LGDJ, 1974 (t. II, p. 531) ; J.-P. Henry « Une nouvelle fonction pour

déraisonnables : le juge censure les erreurs évidentes, grossières. Ce contrôle de l'erreur manifeste constitue une application implicite du principe de proportionnalité (mais ici la disproportion entre le fait et la décision doit être évidente et grave pour être censurée) [1].

4. Enfin, dans certains domaines, le principe de proportionnalité est appliqué de façon très rigoureuse par le juge. Il en est ainsi depuis longtemps en matière de libertés publiques : une mesure de police est irrégulière si elle porte atteinte à une liberté plus qu'il n'est nécessaire pour éviter tout trouble à l'ordre public. Le problème est donc ici celui de *l'adéquation de la décision à la situation de fait compte tenu de l'objectif recherché par l'autorité.* Ainsi, l'interdiction d'une réunion n'est pas légalement justifiée dès lors que des mesures plus souples permettaient de préserver l'ordre public [2].

L'esprit de cette jurisprudence traditionnelle a été transposé à d'autres secteurs : en matière d'expropriation « une opération ne peut être déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, et, éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » [3]. Autrement dit, il y a irrégularité si le *principe de proportionnalité* est violé, si le **bilan « coûts-avantages »** est par trop déséquilibré ou si la balance entre l'utilité et la désutilité de la décision est excessivement défavorable : le contrôle de régularité est alors très proche d'une appréciation d'opportunité.

Au total, on constate l'importance de ce contrôle des motifs de droit et de fait par le juge. Toutefois, il convient de préciser que la présence d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait *n'entraîne pas automatiquement une annulation*. En effet, la conséquence normale d'une fausse application de la règle de droit est écartée de deux manières. En premier lieu, dans le cas fréquent où il y a **pluralité des motifs** et où l'un d'entre eux au moins est juridiquement correct, le juge se refuse à annuler la décision si l'instruction fait apparaître que l'autorité compétente aurait eu le même comportement si elle avait retenu ce seul motif [4]. En second lieu, le juge peut opérer une **substitution de motifs**. Longtemps, le Conseil d'État ne l'a admis qu'exceptionnellement, en cas de compétence liée, lorsque l'Administration a l'obligation juridique de prendre une décision déterminée [5]. Revenant sur cette jurisprudence restrictive, il va désormais jusqu'à admettre que

---

l'erreur manifeste » *AJDA* 1979.6. Pour la jurisprudence : CE 15 févr. 1961, *Lagrange*, *R.* 121 ; 20 mars 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, *R.* 211, concl. G. Vught ; 2 nov. 1973, *Sté anonyme « Librairie François Maspero »*, *JCP* 1974.II.17642, concl. G. Braibant, note R. Drago, ; 9 juin 1978, *Lebon*, *AJDA* 1978.576, concl. B. Genevois.

V. aussi, dans la mesure où le juge constitutionnel s'en est inspiré pour exercer un contrôle comparable L. Habib, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1986.695.

1. J.-P. Costa, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA* 1988.434.

2. CE 19 mai 1933, *Benjamin*, *supra*, p. 517.

3. CE 20 oct. 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, *supra*, p. 395.

4. Le juge a renoncé à distinguer des *motifs déterminant*s et des *motifs surabondants* (accessoires) : CE 12 janv. 1968, *Ministère de l'Économie et des finances c/Dame Perrot*, *R.* 39 ; *AJDA* 1968.179, concl. J. Kahn.

5. CE 8 juin 1934, *Augier*, *R.* 660, *D.* 1934. III.31, concl. P.-L. Josse : une loi de 1923 ayant décidé que tous les mutilés de guerre décorés de la Légion d'honneur seraient promus au grade supérieur dans cet ordre, le bénéfice de cette mesure avait été refusé à un mutilé de guerre qui n'était pas même chevalier (et qui n'appartenait donc pas à l'ordre de la Légion d'honneur) ; bien que la décision reposât sur un autre

l'Administration elle-même, devant le juge de l'excès de pouvoir (en première instance comme en appel), invoque « un motif, de droit ou de fait, autre que celui initialement indiqué, mais également fondé sur la situation existant à la date de (la) décision ». Afin de procéder éventuellement à la substitution demandée, le juge recherche si le motif invoqué devant lui est de nature à fonder légalement la décision et si l'Administration aurait pris la même décision si elle s'était fondée initialement sur ce nouveau motif [1].

III. Détournement de pouvoir

Il s'agit ici du contrôle du **but** d'un acte par le juge.

– L'irrégularité tient aux *mobiles* qui ont inspiré l'auteur de l'acte en cause. Dans une première série de cas, l'Administration a exercé ses compétences à *des fins étrangères à la satisfaction de l'intérêt général ;* en définitive, elle est au service d'*intérêts particuliers* : les intérêts de l'auteur de l'acte, de sa famille, de ses amis ou de ses relations... Un tel comportement apparaît dans des affaires quelquefois fort surprenantes : un maire n'avait-il pas révoqué un agent qui avait dressé procès-verbal contre une parente de sa domestique [2] ? Un autre n'avait-il pas fixé les horaires d'ouverture de la mairie de telle sorte que le secrétaire de la commune ne puisse pas être présent, en raison de ses fonctions d'instituteur [3] ? Dans une deuxième série de cas, l'Administration a bien exercé ses compétences à des fins d'intérêt général, mais la décision a été prise en visant un but qui n'est pas de ceux pour lesquels l'autorité avait été investie des pouvoirs qu'elle a utilisés. Notamment, il y a détournement de pouvoir si des *mesures de police* ont pour objet principal de servir les *intérêts financiers* d'une collectivité publique [4]. En dehors de cette jurisprudence traditionnelle, l'utilisation de ce cas d'ouverture permet aussi d'assurer le respect de la chose jugée [5] : si l'Administration agit pour éviter de tirer les conséquences d'un jugement ou d'un arrêt, elle commet là encore un détournement de pouvoir.

Souvent invoqué, le détournement de pouvoir ne donne qu'assez rarement lieu à annulation. D'abord, il est difficile à établir, à prouver [6]. Ensuite, il y a fréquemment interférence d'intérêts différents. Dans l'administration contemporaine, les intérêts publics et privés se mélangent facilement et (sauf exception) le juge peut toujours trouver de quoi justifier les décisions [7].

---

motif, au demeurant matériellement inexact, le juge a refusé d'annuler l'arrêté ministériel en cause parce que la loi imposait à l'Administration de statuer comme elle l'avait fait.

1. CE 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, *RFDA* 2004.740, concl. I. de Silva ; *AJDA* 2004.436, chron. (critique) de F. Donnat et D. Cassas. La substitution demeure une faculté pour le juge, non un droit pour l'Administration ; et les cas « demeurent relativement exceptionnels » (I. de SILVA, « Substitution de motifs, deux ans d'application de la jurisprudence *Hallal* », *AJDA* 2006.690).
2. CE 16 nov. 1900, *Maugras*, *S.* 1901.3.57, note M. Hauriou.
3. CE 20 avr. 1971, *Zimmermann*, *R.* 269.
4. Ce cas est à l'origine de l'admission par le juge du détournement de pouvoir comme moyen d'annulation d'un acte : CE 26 nov. 1875, *Pariset*, *R.* 934, *supra,* p. 479.
5. CE 17 févr. 1950, *Dame Lamotte*, *R.* 110, *GAJA* n° 64 ; CE 13 juill. 1962, *Bréard de Boisanger*, *R.* 484.
6. V. J. Lemasurier, « La preuve dans le détournement de pouvoir », *RDP* 1959.36. Et M. Gros, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », *RDP* 1997.1237.
7. Le cas de l'expropriation est à cet égard particulièrement significatif : les intérêts privés sont aisément admis, dès lors qu'ils ne sont pas déterminants et qu'il y a d'autres intérêts susceptibles de justifier l'opération. V. CE 20 juill. 1971, *Ville de Sochaux*, *R.* 561 ; *AJDA* 1972.227, note Homont ; il s'agissait d'exproprier pour construire une déviation routière facilitant l'accès aux usines Peugeot ; malgré cet

– À défaut de détournement de pouvoir, il peut y avoir une illégalité qui s'en rapproche et que l'on appelle **détournement de procédure.** Alors l'autorité administrative utilise une procédure réservée par une loi à un but autre que celui qu'elle poursuit : par exemple, elle met en œuvre la procédure d'alignement des voies publiques à la place de la procédure d'expropriation (beaucoup plus complexe), ou elle recourt à la réquisition de façon irrégulière, ou encore elle effectue une saisie judiciaire de journaux au lieu d'agir par une mesure de police administrative [1].

IV. Violation directe de la règle de droit dans le contenu de l'acte

L'acte peut encore être annulé en raison de son **contenu**. Alors, c'est la norme elle-même qui apparaît irrégulière au regard des normes qui lui sont supérieures (Constitution, conventions internationales, lois, principes généraux de droit, etc.) : il y a, selon l'expression toujours communément utilisée « violation directe de la loi », violation directe de la règle de droit dans le contenu de l'acte.

Cette illégalité est loin d'être la moins importante dans la mesure où elle touche ce qui est décidé. Par exemple, dès lors que le statut de la fonction publique énumère les sanction possibles des fonctionnaires, toute sanction non prévue est irrégulière, quels qu'en soient les motifs.

La « violation directe de la loi » ne se distingue cependant que malaisément de l'erreur de droit. De l'une à l'autre, seule change la perspective, l'approche, dans une affaire donnée, du rapport de l'acte aux normes supérieures. L'acte dont le contenu est contraire à telle ou telle de ces normes n'est jamais que le résultat d'une erreur concernant ce qu'il était ou non possible de faire.

---

intérêt privé, il n'y a pas eu détournement de pouvoir, car il est « conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale » (même solution en 1992, dans des arrêts concernant le parc Eurodisney : il est noté que la compagnie Walt Disney est susceptible de retirer un avantage financier des opérations contestées, mais cela n'empêche pas d'admettre que l'intérêt national et régional est resté déterminant, notamment parce qu'il y a eu contribution au rééquilibrage de la région parisienne vers l'est, *AJDA* 1992.333). Par-delà cette jurisprudence (très commentée par les juristes marxistes dans les années 1970), c'est la distinction public-privé qui est en cause. L'espace public relevant du droit administratif ne s'oppose plus clairement à l'espace privé propre au droit privé. Les intérêts se confondent et les deux droits deviennent insaisissables. Pour une introduction à l'analyse de cette évolution et aux problèmes qui s'ensuivent, v. par exemple (d'un point de vue philosophique), J. Habermas, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise,* Payot, coll. « Critique de la politique », 1978, (texte de 1962 traduit de l'allemand par M. B. de Launay). V. aussi J. Caillosse : « Droit public — droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA* 1996.955 ; « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA* 2000.99.

1. CE 24 juin 1960, *Société Frampar*, *supra*, p. 474 ; G. Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », *RDP* 1966.65 ; R. Goy, « La notion de détournement de procédure », *Mélanges Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 321.

Section 2
Le statut des moyens d'annulation et l'étendue du contrôle du juge

§ 1. Le statut des moyens d'annulation

La *distinction entre moyens de légalité externe et moyens de légalité interne* ne sert pas seulement à la présentation des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Le juge l'utilise pour décider de la recevabilité de nouveaux moyens, en cours d'instance, après l'expiration du délai de recours. D'autres catégories de moyens, qui ne sont pas propres au recours pour excès de pouvoir, y trouvent aussi leur place, notamment celles des *moyens d'ordre public* et des *moyens inopérants*.

A. La distinction entre moyens de légalité externe et moyens de légalité interne

Légalité externe et légalité interne sont considérées comme **deux causes juridiques distinctes** et la règle est que seuls restent recevables des moyens qui se rattachent à la cause juridique dont procèdent les moyens initialement invoqués [1].

Est en jeu ici le principe de l'*immutabilité de l'instance.* Tant que le délai n'est pas expiré, un requérant peut évidemment ajouter à l'appui de sa demande des moyens des deux catégories (par exemple, invoquer une illégalité interne alors que dans son mémoire introductif d'instance il ne fondait sa demande que sur un vice de forme). Mais, et c'est là qu'intervient la distinction, après l'expiration du délai il est impossible (sauf s'il s'agit de moyens d'ordre public) de présenter des moyens se rattachant à une autre cause juridique que celle(s) déjà défendue(s)..

Cette jurisprudence paraît restrictive [2]. Elle tend malgré tout à *assouplir le caractère strict de l'expiration du délai de recours*. En effet, si à la date de cette expiration, un requérant a développé à l'appui de son recours un moyen se rattachant à la première cause juridique (régularité externe) il peut ensuite hors délais invoquer tous les autres, et il en est de même pour la régularité interne [3].

B. Les moyens d'ordre public

Les **moyens d'ordre public** sont ceux que le demandeur peut soulever même après l'expiration des délais du recours ou, pour la première fois, en appel. Le juge, de son côté, même dans le cas où le demandeur ne l'a pas fait, doit les soulever d'office dès lors qu'il

---

1. CE 20 févr. 1953, *Société Intercopie*, *S.* 1953.3.77, note M. Letourneur ; il s'agit d'un recours en cassation mais la solution est valable pour le recours pour excès de pouvoir : CE 27 nov. 1970, *Agence maritime Marseille Fret*, *AJDA*.
2. V, la remettant en question, TA Lyon, 9 déc. 1998, *Masson*, *AJDA* 1999.448, concl. E. Kolbert (infirmé par CAA de Lyon, 21 déc. 2000, *ANPE c/Masson*).
3. Il s'ensuit qu'en pratique tout requérant a toujours intérêt à essayer de mettre dans sa requête initiale des moyens se rattachant à chacune des deux causes juridiques : il peut ensuite prendre le temps de préciser son argumentation et surtout, le cas échéant, mettre en avant n'importe quel moyen nouveau.

le peut, c'est-à-dire qu'ils apparaissent dans le dossier [1] : s'il a procédé ainsi, il précise, dans l'arrêt ou le jugement, que l'annulation est prononcée « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête » [2]. Ces cas d'ouverture, d'une importance particulière, sont l'*incompétence* (à laquelle est assimilé le défaut d'un avis conforme ou d'une consultation du Conseil d'État), la *« méconnaissance du champ d'application de la loi »* (c'est-à-dire de la règle de droit) [3] et, aussi, la *rétroactivité d'une disposition réglementaire* ou la *violation de l'autorité absolue de la chose jugée* qui s'attache à une annulation prononcée pour excès de pouvoir... La liste est très empirique ; elle est assez hétéroclite ; elle peut évidemment être modifiée par la jurisprudence [4].

Ces moyens d'ordre public, soulevés d'office par le juge, ne faisaient pas, traditionnellement, l'objet d'un débat contradictoire. Mais un décret du 22 janvier 1992 a changé cette pratique procédurale en obligeant le juge à communiquer aux parties, avant la séance de jugement, les moyens qu'il entend relever d'office, et à leur fixer le délai dans lequel elles peuvent présenter des observations [5].

C. Les moyens inopérants

Les **moyens inopérants,** dans une espèce donnée, sont ceux qui, bien qu'ils soient recevables et, éventuellement, fondés, n'ont aucune influence possible sur la solution du litige. L'examen de la jurisprudence, très diverse sur la question, fait apparaître deux séries d'hypothèses nettement distinctes dans l'utilisation de cette technique [6]. Un premier type de moyens inopérants correspond aux moyens invoqués contre un acte mettant en œuvre une *compétence liée* : l'administration était tenue de prendre la décision qu'elle a prise et donc toute censure juridictionnelle serait inadmissible [7]. Un second type de moyens inopérants correspond aux moyens qui, fondés ou non, sont sans influence sur la décision du juge parce qu'ils ne sont pas pertinents (par exemple, un texte utilisé par le demandeur ne concerne pas le problème traité...). Dans tous ces cas, le juge estime qu'il est inutile d'examiner ces moyens *superflus* : le débat processuel y gagne en simplicité et en clarté.

---

1. Sur cette obligation et l'ensemble des problèmes posés par la notion de moyen d'ordre public : J.-L. Pissaloux, « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP* 1999.781. V. aussi C. Debouy, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, PUF, 1980 ; et, pour comparer avec le droit privé, A. Dorsner et Th. Bonneau, « L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure », *DS* 1986, chron. VIII.61.
2. Formule à ne pas confondre avec « sans qu'il soit besoin d'examiner les **autres** moyens de la requête », qui signifie simplement que le juge s'appuie sur un moyen pour annuler la décision et laisse de côté le reste de l'argumentation du requérant.
3. CE 11 mai 1956, *Société française de transports Gondrand*, *R.* 437.
4. À cet égard, certaines jurisprudences peuvent laisser perplexe : ainsi, celle selon laquelle n'est pas d'ordre public la compatibilité d'un texte réglementaire avec les orientations d'une directive communautaire (CE 11 janv. 1991 *Société Morgane*, *AJDA* 1991.111, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; *RFDA* 1991.652, concl. M. D. Hagelsteen) ou, plus généralement, avec une norme internationale ; si le Conseil d'État se sépare ainsi de la position de la CJCE (selon laquelle il va de soi que le juge national devrait soulever d'office quand il s'agit du droit communautaire), cela permet au juge d'éviter de devoir opérer une confrontation systématique. V. toutefois, concernant une directive « exhaustive et précise », CAA de Paris, 1er juin 2005, *Julien*, *AJDA* 2005.1949, chron. P. Trouilly.
5. CJA, art. R. 611.7.
6. V. J.-M. Auby, « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », *AJDA* 1966.5.
7. CE 26 févr. 2003, *M. Nègre*, *AJDA* 2003.490, chron. F. Donnat et D. Casas.

§ 2. L'étendue du contrôle du juge

L'étendue du contrôle du juge est une question difficile qui met en jeu la notion essentielle mais complexe de **pouvoir discrétionnaire de l'Administration** [1].

Dans le principe, c'est très simple [2] : en cas de pouvoir discrétionnaire, une autorité administrative dispose d'une certaine liberté (agir ou non, choisir telle ou telle décision), contrairement à l'hypothèse de la **compétence liée** dans laquelle elle est tenue d'agir, et dans un sens déterminé [3]. En réalité, il existe toute une gamme de nuances et il n'est guère possible d'opérer une classification tranchée des actes entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir lié. Et cela d'autant plus que la latitude d'action de l'Administration dépend non seulement des conditions fixées par les textes mais aussi très largement de l'interprétation qu'en donne le juge et des techniques de contrôle qu'il met en œuvre. Ainsi, les limites et les degrés du pouvoir discrétionnaire sont tracés par une jurisprudence pragmatique et évolutive.

Toutefois, il est essentiel de souligner que, quelle que soit sa nature, le pouvoir de décision est toujours soumis au principe de juridicité. En effet, *même en cas de pouvoir discrétionnaire, le juge contrôle toujours la légalité externe et plusieurs éléments de la légalité interne* : régularité du but, de l'objet de l'acte au regard de la hiérarchie des normes, et des motifs de droit. C'est donc au plan des motifs de fait qu'est posée la question de l'étendue du contrôle.

L'exactitude matérielle des faits est toujours contrôlée, mais qu'en est-il de leur qualification juridique et du choix de la décision en fonction de ces faits ? Différents degrés de contrôle peuvent être distingués :

A. Le contrôle restreint et le contrôle « minimum »

Les expressions « contrôle restreint » et « contrôle minimum » sont communément employées dans un sens équivalent. Une distinction doit cependant être faite.

Aujourd'hui, le **contrôle restreint** consiste pour le juge, en cas de pouvoir discrétionnaire, à vérifier que l'Administration n'a pas commis une **erreur manifeste d'appréciation** [4]. Selon les cas, ce contrôle concerne la qualification des faits ou le choix d'une

---

1. J.-Cl. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 17, 1958 ; A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA* 1978.355 ; É. Picard, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif français », *RIDC* 1989 (Journées 1989), p. 295 ; J.-M. Woehrling, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *IIe centenaire du Conseil d'État*, PUF-RA, 2001.
2. V. *supra,* dossier 10, p. 466.
3. CE 3 févr. 1999, *Montaignac*, *AJDA* 1999.631, chron. F. Raynaud et P. Fombeur : pour ordonner la suppression d'un panneau publicitaire, « le maire s'est borné à constater la violation des dispositions du règlement municipal de publicité sans avoir à porter une appréciation sur les faits de l'espèce (l'implantation à moins de 100 mètres d'un autre panneau)... il était tenu, après avoir contacté cette violation, de mettre en demeure le requérant de retirer ce panneau » — Comme le soulignent les chroniqueurs, il en ressort qu'il n'y a compétence liée (entraînant l'inopérance de l'ensemble des moyens) que « lorsque la constatation des faits commande mécaniquement la décision de l'administration, sans qu'il y ait place pour une quelconque appéciation de ces faits ».
4. V. *supra,* p. 632.

décision (lorsque plusieurs solutions sont possibles, par exemple les sanctions disciplinaires dans la fonction publique).

Même s'il a eu tendance à se généraliser, un tel contrôle n'est pas toujours exercé. Il reste des *hypothèses dans lesquelles le juge ne contrôle pas l'erreur manifeste d'appréciation :* il s'en tient alors à un **contrôle « minimum »** au sens strict (ce qui était le cas jusqu'à l'introduction du contrôle de l'erreur manifeste à partir des années 1960), se limitant à vérifier l'exactitude matérielle des faits. Il en va ainsi, par exemple, pour les appréciations des jurys d'examens et de concours sur la valeur des candidats [1].

B. Le contrôle normal

Il s'agit de l'hypothèse fréquente du **contrôle entier de la qualification juridique des faits,** dès lors que l'exercice des pouvoirs de l'Administration est subordonné à l'existence de certaines conditions de fait (le juge vérifie si *tel fait est bien de nature à justifier* telle décision).

Ce contrôle normal de la qualification des faits aboutit à un contrôle de la décision elle-même lorsque celle-ci résulte d'un seul choix binaire : admettre ou refuser, expulser ou non un étranger... Dans certains cas cependant, il y a dissociation dans le processus de décision et de contrôle : qualification de faits tout d'abord, puis choix entre plusieurs décisions. Ainsi, en ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire dans la fonction publique, le juge fait un contrôle normal sur la qualification des faits (sont-ils de nature à constituer une faute ?), mais il ne fait qu'un contrôle restreint sur le choix de la sanction.

Evidemment, *l'étendue du contrôle peut évoluer*. Il n'existe pas un tableau d'ensemble qui serait fixé une fois pour toutes. Si les évolutions sont très diverses, il est à noter que la tendance générale a toujours été plutôt au développement du contrôle qu'à sa limitation Dans certains domaines, le juge a effectué successivement un contrôle minimum (exactitude matérielle des faits) puis un contrôle de l'erreur manifeste, et enfin un contrôle normal. Telle a été l'évolution pour les décisions de refus d'une candidature à un concours, ou en matière de police des étrangers. Ces transformations du contrôle sont un aspect important de la politique jurisprudentielle, qui se manifeste aussi par la réalisation d'un contrôle très approfondi sur certaines décisions.

C. Le contrôle « maximum »

Lorsque l'Administration a le *choix entre diverses solutions,* le juge en principe ne contrôle pas ce choix. Il n'est pas juge de l'opportunité (il ne sanctionne éventuellement qu'une erreur manifeste d'appréciation). Cependant parfois, en effectuant un **contrôle de proportionnalité,** le juge intègre l'opportunité dans la légalité. Une décision ne sera légale qu'à condition d'être pleinement proportionnée aux faits, c'est-à-dire nécessaire (autrement dit opportune par rapport aux faits et à l'objectif recherché) [2].

---

1. Sur les divers aspects du contentieux des examens : B. Jallais, « Les examens universitaires devant le juge administratif », *AJDA* 2001.736.

2. Sur cette question des rapports entre opportunité et contrôle du juge : P. Delvolvé, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'État,* LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 269 ; D. Truchet, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et

Ce contrôle maximum, qui implique un examen très approfondi de la situation de faits et des moyens utilisés par l'Administration, s'exerce principalement dans deux domaines : les mesures de police administrative et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique.

équilibre », *EDCE* 1999.361 (notamment p. 368 : « L'intérêt général fait apparaître avec une netteté particulière combien la distinction entre la légalité et l'opportunité est délicate »).

Chapitre 3

Les effets du recours pour excès de pouvoir

La décision prise par le juge de l'excès de pouvoir produit des effets juridiques à l'égard du demandeur, du défendeur (l'Administration, en première instance), et des tiers. Cette décision (jugement d'un tribunal administratif, arrêt d'une cour administrative d'appel ou du Conseil d'État...) ne peut être que le **rejet** de la requête ou l'**annulation,** totale ou partielle, de l'acte administratif dont la régularité est contestée. En effet, l'octroi d'une indemnité, la réformation de la décision attaquée relèvent des pouvoirs du juge de plein contentieux [1].

§ 1. Le rejet de la demande

L'acte administratif attaqué était resté en vigueur puisque la requête n'a pas, sauf exceptions assez rares, d'effet suspensif en droit administratif, sous réserve d'une éventuelle suspension ordonnée par le juge des référés. Par conséquent, le rejet d'un recours entraîne la caducité de cette suspension, et pour le reste, ne modifie pas la situation.

Jugement ou arrêt, la décision de rejet bénéficie de l'**autorité relative** de la chose jugée. Elle interdit au *même* demandeur d'intenter un nouveau recours contre le *même* acte en s'appuyant sur la *même* cause (irrégularité externe, irrégularité interne...). Le requérant se trouve donc très probablement désarmé. Si le rejet s'appuie sur l'*irrecevabilité* du recours, il y a peu de chances pour que celle-ci puisse être surmontée : les conditions de recevabilité sont des données qui n'évoluent guère et qui dépendent de la seule appréciation du juge. En revanche, si le recours a été jugé recevable mais *mal fondé,* théoriquement, le requérant peut être en mesure d'en former un nouveau en modifiant son argumentation. Il suffit qu'il soit encore dans les délais pour agir – ce qui, pratiquement, à toutes les chances de ne plus être le cas.

La décision de rejet n'équivaut absolument pas pourtant à une sorte de *certificat de régularité* qui serait décerné à un acte par le juge de l'excès de pouvoir : cet acte n'est pas annulé mais il n'est pas déclaré régulier. Le rejet peut s'expliquer par une irrecevabilité tenant à la personne du requérant ou par une mauvaise argumentation. Si le bon moyen n'a

---

1. V. *supra,* p. 48. Une annulation partielle suppose la *divisibilité* de l'acte en cause (v. CE 16 déc. 2005, Groupement forestier des ventes de Nonant, *AJDA* 2006.320, concl. Y. Aguila ; et, plus généralement, M. Staub, *L'indivisibilité en droit administratif,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 197, 1999).

pas été soulevé, le juge ne le relève pas d'office, sauf s'il s'agit d'un moyen d'ordre public : il ne peut pas statuer *ultra petita* (en allant au-delà de la demande). Ainsi, de nombreux actes administratifs restent en vigueur bien qu'ils soient irréguliers. Ils n'ont pas été attaqués ou ils ont été contestés maladroitement : l'indifférence des intéressés ou leur ignorance du droit sont à l'origine de l'application qui leur est faite de nombreuses normes (réglementaires ou individuelles, générales ou particulières) qui violent pourtant le principe de juridicité, parfois de manière évidente ou grossière.

Toutefois, il faut rappeler ici que le décret du 28 novembre 1983 et la jurisprudence du Conseil d'État (*Cie Alitalia*, 1989) ont apporté un changement important quant aux conséquences de l'expiration du délai de recours contre les règlements. L'abrogation d'un règlement illégal peut être demandée à toute époque à l'Administration, que ce règlement ait été illégal dès sa signature ou que l'illégalité résulte d'un changement de circonstances [1]. En cas de rejet, il appartient alors au demandeur de saisir le juge dans le délai de deux mois.

Après l'expiration du délai de recours, si un acte ne peut plus être attaqué pour en obtenir l'annulation, il n'est cependant pas à l'abri de toute contestation. Par la voie de *l'exception d'illégalité*, un requérant peut invoquer l'irrégularité d'un acte à l'appui d'un recours contre une autre décision procédant de cet acte. Si l'illégalité est établie, l'acte est inapplicable et prive de base légale la décision objet du recours. L'exception d'illégalité des règlements est possible à toute époque (sauf cas particuliers dérogatoires [2]). Pour les actes non-réglementaires l'exception est irrecevable dès lors qu'ils sont définitifs (sauf si elle est invoquée à l'appui d'une demande de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils ont causé ou s'ils forment avec l'acte attaqué une « opération complexe » [3]).

§ 2. L'ANNULATION DE LA DÉCISION ATTAQUÉE

L'annulation est revêtue de l'**autorité absolue** de la chose jugée : elle vaut *erga omnes* (à l'égard de tous). Outre l'idée que le recours pour excès de pouvoir présente un caractère objectif (est un procès fait à un acte) quatre séries de conséquences ont pu en être tirées [4].

– Les *tiers* n'existent plus une fois la décision du juge prise. Celle-ci ne limite pas ses effets aux parties.

– Le *requérant* a obtenu gain de cause et il ne peut renoncer, après coup, au bénéfice de l'annulation.

---

1. V., sur cette jurisprudence et sur son extension partielle aux actes non réglementaires non créateurs de droits, *supra,* p. 485 et 488.
2. V. article L. 600-1 du Code de l'urbanisme : l'illégalité pour vice de forme ou de procédure de divers documents d'urbanisme ne peut être invoquée par voie d'exception que dans un délai de 6 mois.
3. S'ils ne sont que des éléments conduisant à une décision finale, tels les différents actes d'un concours : l'ouverture du concours, la liste des candidats admis à concourir... la liste des admis.
4. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte pour excès de pouvoir, Jouve et Cie*, 1952 ; J. Massot, « Portée et conséquence de l'annulation par le juge d'un acte administratif », *EDCE* 1979-1980.111.

– Le juge doit soulever d'office l'exception de chose jugée par une décision d'annulation antérieure [1].

– L'Administration doit opérer une *restitutio in integrum* (une remise en état) comme si l'acte n'avait jamais existé puisque l'*annulation est rétroactive.*

Dans l'**arrêt *Rodière* de 1925**, le Conseil d'État a précisé ce que cela peut vouloir dire [2] : « S'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative [...] ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception », lorsqu'il s'agit d'exécuter une annulation contentieuse, laquelle « entraîne nécessairement certains effets dans le passé, à raison même de ce fait que les acte annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ». Ainsi, en matière de fonction publique, « à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'Administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi, a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés » Dès lors, « il appartient à l'Administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché » par l'annulation et de prononcer « tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ».

Il est clair qu'il faut malgré tout *tenir compte du temps écoulé*. En raison de l'absence d'effet suspensif des recours, l'acte attaqué a été appliqué, le plus souvent pendant toute la période contentieuse, qui peut avoir été fort longue, de sorte que les opérations de retour au *statu quo ante* risquent d'être fort complexes, voire impossibles [3]. En dehors de directives générales, des règles très précises ont été dégagées : l'annulation d'un refus ne vaut pas autorisation ; l'annulation d'une décision implicite de rejet a pour conséquence de donner à l'intéressé le droit de demander à l'Administration de s'exécuter sans qu'aucune forclusion puisse lui être opposée ; l'annulation pour une irrégularité externe laisse l'Administration libre de reprendre à l'identique la même décision en corrigeant le vice retenu (c'est-à-dire en faisant intervenir l'autorité compétente et en respectant les règles de

---

1. CE 6 juin 1958, *Chambre de commerce d'Orléans*, *R.* 315.
2. CE 26 déc. 1925, *Rodière*, *S.* 1925.3.49, note M. Hauriou ; *GAJA*, n° 42.
3. La rétroactivité totale relève largement de la fiction : V. D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 210, notamment p. 355 et s. ; et, pour un exemple, CE 14 févr. 1997, *Colonna*, *RDP* 1997.1449, concl. V. Pécresse — À propos de la réintégration des fonctionnaires, alors que doit s'appliquer la législation en vigueur au moment de la révocation, comment saisir des organismes consultatifs qui ont connu des changements ? Le Conseil d'État admet que l'administration saisisse des organes consultatifs compétents au moment où s'effectue la reconstitution. D'une manière générale, l'un des aspects les plus délicats des effets d'une annulation est celui de la répercussion sur des décisions créatrices de droits qui avaient été prises sur le fondement d'un acte annulé. La jurisprudence a toujours été fort nuancée, montrant bien la difficulté de concilier la rétroactivité et les conséquences juridiques de l'écoulement du temps. Dans certains cas, le juge donne plein effet à l'annulation ; dans d'autres il fait prévaloir les droits acquis sur les effets de l'annulation (V. CE 10 oct. 1997, *Société Strasbourg FM*, et, même date, *Lugan*, *AJDA* 1997.952 et 1014 ; *RFDA* 1998.21, concl. V. Pécresse).

forme ou de procédure qui avaient été violées) [1], etc. Il faut *tenir compte aussi d'une éventuelle mauvaise volonté de l'Administration*. La question des obligations s'imposant à elle suite à une annulation s'intègre dans celle, plus générale, de l'exécution des décisions du juge qui a connu des réformes législatives importantes. Après la loi du 16 juillet 1980 qui donnait au Conseil d'État le pouvoir de prononcer des astreintes, la loi du 8 février 1995 a non seulement étendu le pouvoir d'astreinte mais institué un pouvoir d'injonction [2].

En même temps que ses pouvoirs se renforçaient, le juge n'a cessé de manifester un « souci croissant de pédagogie et d'efficacité » [3]. Parachevant cette évolution, l'**arrêt *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004** [4], après un long exposé qui concerne l'office du juge [5], *module dans le temps les effets de l'annulation des irrégularités relevées.*

– Certaines dispositions des arrêtés attaqués sont annulées sans déroger à ce qui reste le droit commun, et donc avec effet rétroactif.

– D'autres dispositions sont annulées étant précisé que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de l'arrêt contre les actes pris sur leur fondement, leurs effets antérieurs à cette annulation doivent être réputés définitifs.

– D'autres dispositions enfin, toujours sous réserve d'actions contentieuses déjà engagées, sont annulées à compter du 1er juillet 2004 (de manière à laisser au gouvernement le temps de prendre les mesures propres à assurer la continuité du régime d'assurance chômage).

D'une part, *faisant exception au principe de l'effet rétroactif*, est ainsi explicitement admise une *annulation sans effet rétroactif*. D'autre part, est prononcée une *annulation différée* — Et non plus seulement une annulation aux effets différés [6].

§ 3. La protection des tiers

Un arrêt d'annulation, dont l'autorité est absolue et la portée rétroactive, touche la situation de tiers.

---

1. J.-J. Israël, *La régularisation en droit administratif français (Études sur le régime de l'acte administratif unilatéral),* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 138, 1981 (préf. de G. Vedel). Pour ce qui est des conséquences de l'annulation d'un acte détachable d'un contrat, v. *supra,* p. 624, note 4.
2. V. *supra,* dossier 2, p. 66.
3. Chron. M. Guyomar et P. Collin, *AJDA* 2001.1046, sous CE 29 juin 2001, *M. Vassilikiotis* (en cas d'annulation d'un règlement pour omission de dispositions indispensables, le juge affirme l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures nécessaires, et de plus il précise les mesures provisoires qu'il incombe à l'Administration de prendre dans l'attente de l'édiction de la réglementation complémentaire) et CE 27 juill. 2001, *M. Titran* (suite à l'annulation d'un refus d'abroger un règlement, l'autorité réglementaire peut, dans les deux mois, soit le modifier pour rétablir la légalité, soit l'abroger ; elle a le choix — annulation donc, selon la chronique, aux effets différés). V. aussi, CE 5 mars 2003, *M. Titran*, *AJDA* 2003.1008, note S. Damarey.
4. CE 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* (recours d'associations de chômeurs contre des arrêtés agréant notamment la convention UNEDIC du 1er janvier 2004) ; dossier *RFDA* 2004.437 (avec concl. C. Devys et « note à l'attention de M. le Président de la Section du contentieux » de J.-H. Stahl et A. Courrèges) ; *GAJA* nº 118.
5. Reproduit, *infra*, p. 648.
6. Pour une application : CE 25 févr. 2005.802, France Télécom, *RFDA* 2005.802, concl. Prada-Bordenave.

Pour remédier à des inconvénients éventuels, l'**intervention** (qui n'est d'ailleurs pas propre au contentieux de l'annulation) permet à une personne intéressée à un litige, mais n'ayant pas la qualité de partie, d'être présente à l'instance. Sans invoquer de moyens distincts, l'intervenant peut soit appuyer le demandeur pour obtenir l'annulation *(intervention en demande)* soit, au contraire, s'il a intérêt au maintien de l'acte attaqué, appuyer le défendeur *(intervention en défense)* [1].

Même les tiers qui ne semblent pas visés par l'annulation de l'acte peuvent, malgré tout, voir leur situation mise en péril. C'est pourquoi ils peuvent défendre, dans certaines conditions, leur situation après l'annulation (et non pas pendant l'instance comme dans la procédure d'intervention) par la procédure de la **tierce opposition** [2]. Celle-ci est une voie de recours qui ne peut être utilisée que par une personne qui n'est ni partie à une instance ni représentée, et qui invoque un préjudice que lui cause la décision d'annulation. Encore faut-il que le tiers opposant fasse état d'une atteinte à ses *droits* et non de la lésion d'un simple intérêt.

---

1. L'intervention peut être volontaire ou forcée (V. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n[os] 879 et s.).

2. CE 29 nov. 1912, *Boussuge*, *R.* 1128, concl. L. Blum ; *GAJA* n[o] 27 ; CE 16 déc. 2005, *Mme Kostiuk et autres*, *AJDA* 2006.365, chron. C. Landais et F. Lenica.

Modèle de l'examen par le juge de la régularité d'un acte unilatéral

Eléments de régularité	Conditions de fond (Motifs)	Auteur (Autorité administrative)	Contenu (Normes)	Coordonnées	Forme	Procédure	But
	si C ↓ ou C_1 C_2... C_n existent,	A peut ou doit édicter	N ↓ ou N_1 N_2... N_n	au moment T au lieu E selon	F ↓ ou F_1 F_2... F_n et	P ↓ ou P_1 P_2... P_n pour	B ↓ ou B_1 B_2... B_n
Types d'irrégularité (cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir)	Erreur de fait, erreur de droit	Incompétence	Violation directe de la règle de droit	Violation directe de la règle de droit Irrégularité de procédure	Vice de forme	Irrégularité de procédure	Détournement de pouvoir Détournement de procédure

POUR APPROFONDIR

1. Pour comprendre le recours pour excès de pouvoir, il faut le situer dans la **politique jurisprudentielle** du Conseil d'État : voir Danièle LOSCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 107, 1973 Dans quelle mesure distinguer de la politique jurisprudentielle une **jurisprudence politique** ? Bien que concernant le recours de pleine juridiction, peut aussi introduire une réflexion sur cette question : Maryse DEGUERGUE, « Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique », *AJDA* 20 juin 1995, n° spécial *Le droit administratif,* p. 211. En tout état de cause, par-delà ses choix politiques et idéologiques, le juge se trouve confronté à des problèmes généraux qui sont ceux d'une **« bonne administration de la justice »** (Jacques ROBERT, « La bonne administration de la justice », ibid., p. 117 ; et, par exemple (outre les rapports publics annuels du Conseil d'État), « Entretien avec Daniel LABETOULLE », Président de la Section du contentieux du Conseil d'État, *JCP A* 2004, n° 1332).

2. Sur les cas d'ouverture, un **problème de méthode** a souvent été posé :

> Étudier les conditions de validité d'un acte revient pratiquement à étudier les cas de nullité [...].
>
> Je ne méconnais pas que cette formule pourra choquer certains esprits logiques, qui estimeront que poser ainsi la question, c'est en quelque sorte la poser à l'envers.
>
> Ne vaudrait-il pas mieux dire : pour qu'un acte administratif soit légal, il faut qu'il soit pris par l'autorité compétente, dans les formes exigées par la loi (ou la jurisprudence), qu'il soit conforme aux règles de droit supérieures, que les conditions mises par la loi à l'exercice du pouvoir de prendre cette décision soient réunies, et enfin qu'il ait été fait en vue du but même qu'avait prévu le législateur ?
>
> Ce qui me détermine à maintenir la façon traditionnelle d'exposer la question, en étudiant les cas d'illégalité plutôt que les conditions de légalité (ce qui revient, je le répète, pratiquement au même), c'est que, comme les étudiants en médecine étudient les maladies plutôt que les conditions de santé, les études de droit sont normalement axées sur l'étude des situations contentieuses, c'est-à-dire des cas où la légalité de la conduite d'une personne (ici, d'une autorité administrative) est discutée, de sorte que la question posée au juge l'est sous cette forme : l'illégalité alléguée par le requérant existe-t-elle ?

Ces quelques lignes de Marcel WALINE (*Droit administratif*, Sirey, 1963, p. 445) n'emportent pas la conviction : la bonne méthode ne consiste-t-elle pas à *dégager les éléments de régularité* de l'acte (voir dossier 10), étant entendu qu'il est nécessaire aussi d'être attentif aux efforts faits pour *cerner et classer les irrégularités ?*

3. La **classification des moyens d'annulation** facilite la présentation de la jurisprudence du recours pour excès de pouvoir. Cependant la mission du juge nécessite, face aux cas d'espèces, une souplesse peu compatible avec la fixation de cadres rigides et stratifiés. L'auteur même d'un « essai » de classification, François GAZIER (cité *supra,* p. 628), a bien posé le problème : « il n'est pas interdit, de temps à autre, d'essayer de faire le point. Mais il faut avant tout laisser à la jurisprudence la liberté d'adapter sans cesse au mieux des progrès de la justice ce très remarquable instrument de technique juridictionnelle, fruit commun de l'ingéniosité des requérants, de l'habilité des avocats, de la sagacité des juges ».

De fait, l'attitude du juge, faite de pragmatisme, remet fréquemment en cause les constructions théoriques. Le juge cherche à atteindre un but (assurer le respect du droit) en utilisant pour chaque espèce la méthode qui lui semble la mieux adaptée. Les divers moyens sont susceptibles d'être envisagés de différentes façons, d'être combinés entre eux

et, finalement, de n'être utilisés ouvertement que si leur efficacité est immédiate. Ainsi le juge se borne-t-il souvent à dire que la décision attaquée est « entachée d'excès de pouvoir », sans autre spécification. Cela montre le caractère relatif de la distinction entre les différents cas d'annulation. Le juge a créé un vocabulaire pour exprimer les différents aspects de l'irrégularité, mais sa terminologie n'est jamais définitive : le Conseil d'État adapte ses outils à l'évolution de l'action administrative, dont les modalités sont extrêmement diversifiées. L'éclatement successif du moyen d'*incompétence,* seul moyen général prévu à l'origine (dont sont extraits le vice de forme puis le détournement de pouvoir), et de la *violation de la loi,* plus tard, avec le développement du contrôle des motifs, montre le caractère essentiellement mouvant de la matière.

D'ailleurs l'approximation du vocabulaire reflète l'absence de préoccupation strictement théorique du juge. En effet, l'analyse des irrégularités peut conduire à des constatations troublantes pour l'amateur de classification : l'incompétence peut très logiquement être comprise comme englobant toutes les règles relatives à l'édiction d'un acte (par exemple enfreindre les règles de procédure, ou poursuivre un but privé revient à violer les modalités de la compétence fixées par les textes). De même l'expression violation de la loi est-elle peu satisfaisante : elle qualifie l'un des cas d'ouverture (d'ailleurs le plus vaste) mais en réalité tous les moyens d'annulation constituent des cas de violation de la règle de droit. Les règles relatives à l'édiction d'un acte (compétence, forme, fond) sont liées les unes aux autres et presque indissociables. Et cette interférence entre les règles trouve sa traduction dans le contentieux. « Une même irrégularité, selon la manière dont elle est décelée et dénoncée, peut souvent constituer aussi bien une incompétence qu'un défaut de base légale, un vice de procédure qu'un détournement de pouvoir, un détournement de procédure qu'une erreur de fait », comme le souligne encore François GAZIER. Il faut donc donner à la classification des ouvertures du recours pour excès de pouvoir sa juste valeur. Elle reste **toujours schématique et arbitraire par rapport à la réalité jurisprudentielle** (voir Marie-José GUÉDON, « La Classification des moyens d'annulation des actes administratifs, réflexions sur un état des travaux », *AJDA* 1978.82).

Ce n'est pas propre au recours pour excès de pouvoir. A titre de comparaison, peuvent retenir l'attention les interrogations et discussions sur les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel. Voir, par exemple, Laure MILANO, « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi » (*RDP* 2006.637), qui estime nécessaire de reconsidérer la délimitation des frontières de chacun des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité externe et notamment de faire toute sa place au vice de forme : « il manque aujourd'hui au contentieux constitutionnel, écrit-elle (p. 660), une clé de compréhension qui permette d'élargir le spectre de la constitutionnalité externe au-delà de l'incompétence et du vice de procédure. A quel vice rattacher la méconnaissance par le législateur des exigences relatives à la qualité de la loi ? ».

4. Les techniques utilisées pour **éviter certaines annulations** participent de la même démarche pragmatique. Qu'il s'agisse de la substitution de base légale (*supra,* p. 631), de la neutralisation ou substitution de motifs (*supra,* p. 633), ou encore de l'utilisation de la notion de moyens inopérants (*supra,* p. 637), la finalité est identique : il s'agit, autant que faire se peut, de ne pas annuler une décision lorsque l'autorité compétente pourra ou devra ensuite la reprendre. Mais, plutôt que de chercher à déjouer ainsi les conséquences de l'illégalité, s'interrogeait Bertrand SEILLER (*AJDA* 2004.963, « L'illégalité sans annulation »), ne serait-il pas plus simple de **remettre en cause les conséquences attachées à l'annulation ?** En gestation depuis quelques années, les solutions exposées à ce propos dans l'arrêt ***Association AC ! et autres*** (cité, *supra*, p. 644) confirment que, si le juge administratif n'est pas tout à fait un autre, il n'est plus tout à fait le même (Christophe GUETTIER, chron. de jurisprudence administrative de 2001, *RDP* 2002.752, sur l'arrêt *Vassilikiotis*) :

> En ce qui concerne l'office du juge :
>
> Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en

> raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporire de ses effets, il appartient au juge administratif — après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause — de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine...

Attestant que le juge administratif n'est quand même pas tout à fait un autre, voir, par exemple, les conclusions de Yann AGUILA sur CE 16 déc. 2005, Groupement forestier des ventes de Nonant (citées, *supra*, p. 641) : « il reste une limite que le juge de l'excès de pouvoir ne franchit pas, et elle est de taille : comme le soulignait l'auteur du *Traité de la juridiction administrative* (Édouard LAFERRIERE), le Conseil d'État s'interdit toujours le droit d'évocation, c'est-à-dire le droit, après annulation, de créer lui-même une décision administrative, lorsqu'il n'en existe aucune ». Et rapprocher cela des limites également soulignées, par ailleurs, en matière de référés : si la pratique du référé rapproche des processus décisionnels, permet de paralyser efficacement des décisions illégales, il n'y a pas pour autant substitution à l'administration active « en ce qui concerne *l'initiative* de l'action administrative et le *choix de ses moyens d'action* » (conclusions Isabelle de SILVA sur CE 6 févr. 2004, *Mme Hallal*, citées, *supra*, p. 634).

Dossier 14

La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire

CE QU'IL FAUT SAVOIR

Le dualisme juridictionnel (issu de textes révolutionnaires) et le dualisme juridique (illustré sinon fondé par la jurisprudence *Blanco*) caractérisent le *régime administratif* français : le *droit administratif* est mis en œuvre par les *juridictions administratives* alors que le *droit privé* est appliqué par les *juridictions judiciaires* [1]. Mais il n'est pas toujours facile de savoir quel est le droit applicable et quel est le juge compétent. Pour trancher ces difficultés, le **Tribunal des conflits** a été créé en dehors de l'ordre administratif comme de l'ordre judiciaire (Section 1). De ses décisions et de la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, désormais complétée par celle du Conseil constitutionnel, se dégage une **clause générale de compétence** qui attribue la compétence des litiges administratifs aux juridictions administratives (Section 2). Pourtant, même en matière administrative, les **juridictions judiciaires** interviennent dans un certain nombre de cas (Section 3).

Section 1
Le Tribunal des conflits

La question de la répartition des compétences s'est posée avant même que la juridiction administrative ne s'affirme vraiment et soit consacrée comme séparée de l'Administration. En effet, alors que la loi des 16-24 août 1790 se bornait à leur interdire de s'immiscer dans l'action administrative, les tribunaux ont vite été exclus de la connaissance de la plupart des litiges dans lesquels l'Administration était en cause. Des conflits d'attribution en sont résultés, qu'il a fallu régler. Tant que la justice a été retenue, le chef de l'État s'est réservé le pouvoir de se prononcer, en son Conseil d'État. Avec la justice déléguée, il ne pouvait qu'en être autrement et, pour garantir un certain équilibre entre les deux ordres de juridiction, la seule compétence du Conseil d'État n'était guère envisageable.

L'article 89 de la Constitution de 1848 avait ainsi créé un *tribunal spécial* composé de Conseillers à la Cour de cassation et de Conseillers d'État pour régler les *conflits*

---

1. Dossiers 1 et 2, notamment p. 10 et p. 37.

d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. L'avènement du Second Empire mit fin à cette expérience, mais la loi du 24 mai 1872 la reprit avec le **Tribunal des conflits.** Celui-ci comprend quatre Conseillers d'État et quatre Conseillers à la Cour de cassation : les deux juridictions suprêmes élisent trois de leurs membres et ces derniers cooptent les deux membres supplémentaires en respectant le **principe de parité.** Le *président* est le *ministre de la Justice,* garde des Sceaux qui intervient exceptionnellement lorsque la solution n'a pas pu être dégagée, du fait du partage des voix, la sienne étant alors prépondérante [1]. Cette juridiction est essentiellement un *indicateur de compétence* mais les décisions qu'elle prend relèvent de trois rubriques différentes : les **conflits,** les **renvois,** les **jugements au fond.**

§ 1. Les conflits

Les conflits sont de deux sortes : *conflits positifs* et *conflits négatifs.*

– Les **conflits positifs** correspondent en principe au cas où *une juridiction judiciaire est saisie d'un litige que l'Administration estime être de la compétence du juge administratif.* Le préfet adresse alors au juge, par l'intermédiaire du ministère public, un **déclinatoire de compétence** dans lequel il fait état de la séparation des autorités administratives et judiciaires [2], et demande au Procureur ou au Procureur général de requérir le dessaisissement de la juridiction à laquelle le demandeur s'est adressé et le renvoi de l'affaire devant le juge administratif. Si le juge ne s'incline pas, le préfet, sauf s'il ne maintient pas sa position, prend un **arrêté de conflit.** Cet acte doit être *motivé* et il comporte traditionnellement le visa des textes qui fondent l'argumentation de l'autorité administrative. Le préfet maintient donc sa position : on dit qu'il *élève le conflit*. Le problème, sauf revirement du juge judiciaire, ne peut être réglé que par le *Tribunal des conflits* : ou bien ce dernier *confirme* l'arrêté de conflit, ce qui revient à reconnaître la compétence de l'ordre administratif, ou bien il *annule* l'arrêté de conflit, ce qui signifie que le juge judiciaire est compétent [3].

---

1. Cette procédure, qui n'a été utilisée qu'une dizaine de fois depuis 1872, est parfois critiquée parce qu'elle revient à faire trancher le conflit par un homme politique. En 1997, alors qu'un arrêt consacrant la compétence administrative allait être rendu sous la présidence du ministre de la Justice (arrêt cité p. 662, note 4), le rapporteur judiciaire de l'affaire a même démissionné et fait savoir qu'il voyait là « une survivance d'une forme de " justice retenue " ». À l'occasion, il se demandait « s'il ne serait pas opportun d'envisager une réforme législative tendant à confier au président du Conseil constitutionnel la présidence... » (*Le Monde* 16 mai 1997, lettre au premier président de la Cour de cassation) — S'il n'y a d'autre alternative que celle-ci, la solution actuelle, qui n'est certes qu'un pis-aller, risque de perdurer. V. F. Chouvel, T. Lambert et D. Pélissier, *Les cas de partage du Tribunal des conflits,* avant-propos de F. Gazier, préface de J. Robert, Economica, 1984.
2. Il doit rapporter (sous la forme d'un visa) la disposition législative qui attribue, selon lui, la connaissance du litige aux juridictions administratives, en général, la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III (TC 30 juin 1949, *Brun*, *R.* 601).
3. J.-F. Flauss, « La pratique administrative du conflit positif d'attribution de 1962 à 1977 », *RDP* 1979.1591 ; Y. Robineau, « Regard sur dix années d'activité du Tribunal des conflits (1994-2003) », *RFDA* 2004.1167 (fait état de 12 conflits positifs par an en moyenne, sur un total annuel d'une cinquantaine d'affaires). V. aussi CE 20 avr. 2005, *Régie départementale des transports de l'Ain*, *AJDA* 2005.1509, concl. Y. Aguila, note J.-M. Pontier (la juridiction administrative ne peut connaître du refus d'un préfet de prendre un déclinatoire de compétence : « ... une telle décision n'est pas détachable de la procédure judiciaire à laquelle elle se rapporte »).

Cette procédure de conflit positif permet donc à l'Administration (et non au juge administratif) de soustraire à l'ordre judiciaire une affaire que les tribunaux judiciaires s'estiment compétents pour juger. En d'autres termes, elle présente deux traits caractéristiques : elle vise à *empêcher les empiétements de l'ordre judiciaire sur les attributions des juridictions administratives* ; elle tend à *protéger l'Administration* qui défend contre les tribunaux judiciaires son droit à être jugée par les tribunaux administratifs ou, plus largement, au respect du partage des compétences entre les juridictions [1]. Elle n'a pas de symétrique protégeant l'ordre judiciaire.

De portée générale, l'élévation du conflit est possible devant toutes les juridictions (sauf la Cour de cassation). En revanche, elle est exclue en certaines matières, en particulier en matière criminelle [2]. Enfin, le conflit ne saurait être élevé après un jugement ou un arrêt définitifs rendus soit sur le fond soit sur la compétence.

– Les **conflits négatifs**, malgré leur nom, *ne sont pas symétriques des conflits positifs* : ils ne tendent pas à retirer un litige au juge administratif. Ils apparaissent lorsqu'un plaideur s'est successivement adressé aux deux ordres de juridictions et s'est vu opposer une fin de non-recevoir au motif que son affaire relève de la compétence de l'autre ordre juridictionnel. C'est donc le plaideur lui-même qui dans ce cas saisit le Tribunal des conflits : il est à la *recherche d'un juge* et le mécanisme du conflit tend à lui éviter d'être victime d'un *déni de justice*. Les conditions d'existence du conflit négatif sont au nombre de trois : en premier lieu, **deux décisions d'incompétence** successives du juge judiciaire et du juge administratif ; en second lieu, **un seul et même litige** (identité de cause, d'objet et de parties dans les deux instances) ; en troisième lieu, **motivation de chacun des jugements d'incompétence par la compétence de l'autre ordre de juridiction.**

Le Tribunal des conflits soit rejette le recours s'il n'y a pas réellement conflit négatif soit annule l'un des jugements et renvoie les parties devant la juridiction qui l'a rendu.

§ 2. Les renvois

Un décret de 1960 [3] organise deux procédures de saisine du Tribunal des conflits *à titre préventif par renvoi d'une juridiction.* Ces procédures sont bien distinctes.

– La première concerne les juridictions souveraines et a pour but de prévenir des divergences de solutions en matière de compétence. Il s'agit ici d'un **renvoi facultatif :** le Conseil d'État ou la Cour de cassation [4] saisis d'un litige qui présente à juger une « *question de compétence soulevant une difficulté sérieuse* », peuvent renvoyer l'affaire au Tribunal des conflits pour qu'il règle cette question de compétence [5].

---

1. Il est concevable en effet qu'elle soit mise en œuvre à propos d'un acte de gouvernement (échappant au juge administratif tout autant qu'au juge judiciaire) ou encore d'un acte relevant du juge constitutionnel en matière de contentieux électoral.
2. V. les explications relatives à l'article 136 du Code de procédure pénale, *infra,* p. 661.
3. Décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution.
4. Le décret précité ajoute : « ou toute autre juridiction statuant souverainement et échappant ainsi au contrôle tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation ».
5. V., par exemple, concernant la nature juridique des centres anticancéreux : CE 9 juin 1961, *AJDA* 1961.606 ; TC 20 nov. 1961, *Centre régional de lutte contre le cancer « Eugène Marquis » c/Docteur*

– La deuxième est très précisément destinée à *éviter les conflits négatifs,* en instituant un **renvoi obligatoire :** si une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a décliné la compétence de l'ordre auquel elle appartient par une décision qui n'est plus susceptible de recours et qui repose sur le motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre qui est saisie du même litige, et qui estime que celui-ci relève de l'ordre juridictionnel primitivement saisi, *doit* renvoyer au Tribunal des conflits et surseoir à statuer jusqu'à la décision de ce dernier [1]. Si le renvoi est recevable (si les conditions prévues sont remplies), le Tribunal des conflits choisit entre deux solutions : il peut décider que le renvoi est *mal fondé* (la première juridiction a eu raison de se déclarer incompétente) et la procédure reprend alors son cours devant le second tribunal ; il peut, au contraire, estimer que le renvoi est *bien fondé* et, par conséquent, déclarer nuls et non avenus l'ensemble des jugements et actes de procédures auxquels l'affaire a donné lieu, sauf la décision de renvoi elle-même, qui est, par définition, dans cette hypothèse, correcte et justifiée.

§ 3. Les jugements au fond

Lorsque des décisions définitives prises par un juge administratif et par un juge judiciaire présentent une contrariété conduisant à un déni de justice, ces décisions peuvent être déférées au Tribunal des conflits qui statue alors directement au fond et définitivement (ses arrêts étant insusceptibles de recours) [2]. Cela résulte d'une *loi du 20 avril 1932* intervenue pour répondre à un problème particulier. Dans une affaire, dite *affaire Rosay*, jugée en 1930, une personne avait pris place dans une voiture civile qui était entrée en collision avec un véhicule militaire. En l'état des textes et de la jurisprudence à l'époque, le passager, victime de l'accident, ayant été transporté bénévolement, ne pouvait obtenir réparation du conducteur civil que si celui-ci avait commis une faute : le juge judiciaire décida que ce n'était pas le cas. La victime se retourna vers l'État et essaya d'engager sa responsabilité devant le juge administratif, mais ce dernier rejeta sa requête au motif que le sinistre ne pouvait être imputé à l'automobile de l'armée. Le déni de justice était patent et, pour en sortir, il fallait bien l'intervention d'une juridiction qui fût à la fois en dehors de l'ordre administratif et en dehors de l'ordre judiciaire [3]. Ce fut la solution retenue par la loi de 1932, qui n'a donné lieu qu'à un nombre réduit d'applications, la première étant l'affaire *Rosay* [4].

Bourguet, *AJDA* 1962.39. Et, sur l'ensemble de cette procédure de renvoi (utilisée une centaine de fois entre 1975 et 2000) : P. Schultz, « La fonction d'arbitrage des compétences juridictionnelles par le renvoi des cours souveraines au Tribunal des conflits » *RDP* 1994.767.

1. Le nouveau dispositif, même s'il a entraîné sa quasi-disparition, ne rend pas totalement impossible le conflit négatif. D'une part, il peut arriver qu'un tribunal omette d'effectuer le renvoi, d'autre part, le second tribunal peut prendre une décision d'incompétence, si le jugement du premier est encore susceptible de recours, au moment où il statue.

2. D. Bardonnet, *Le Tribunal des conflits, juge de fond,* LGDJ, « Bibl. de droit public », t. 22, 1959.

3. Le Tribunal des conflits apprécie souverainement le déni de justice, c'est-à-dire l'existence d'une réelle contrariété de jugements : v. TC 18 mars 1991, *M. et Mme Dufal*, *RFDA* 1991.830, note B. Pacteau.

4. TC 8 mai 1933, *Rosay*, *R.* 1236 (le Tribunal des conflits a imputé la responsabilité de l'accident par moitié au chauffeur du véhicule militaire et au chauffeur du véhicule civil). La procédure, relève Y Robineau (art. précité), « a été mise en œuvre 8 fois de 1994 à 2003 et le bien-fondé de la saisine n'a été admis qu'à deux reprises ». V. TC 14 févr. 2000, *Ratinet*, *RFDA* 2000.1232, note D. Pouyaud.

Section 2
Le schéma général : compétence du juge administratif en matière administrative

§ 1. Les solutions actuelles

Dès lors que cela paraît se vérifier dans la pratique, on admet généralement que « *La compétence suit le fond* » [1], un fond qui est alors synonyme de droit applicable : si la solution du procès soulève une question de droit privé, c'est le juge judiciaire qui est compétent ; si la solution du procès soulève une question de droit public, c'est le juge administratif. L'on est cependant guère plus avancé. Le problème est de savoir, à propos d'un litige, *quel est le droit applicable*.

Ce n'est simple qu'en apparence. Comme le droit applicable ne se révèle pas d'emblée et ne peut en conséquence constituer un indicateur direct de compétence, se pose la **question du ou des critères susceptibles d'être retenus**. Deux arrêts du Tribunal des conflits, de 1999, donnent à cet égard une idée de ce que sont les solutions actuelles : le premier considère que « si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de service les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques » ; le second, en des termes qui ne sont pas sans rappeler l'arrêt *Blanco*, relève « que la responsabilité qui peut incomber à l'État ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public ; qu'il n'en va autrement que si la loi, par une décision expresse, a dérogé à ce principe » [2].

Il en ressort que la compétence dépend moins du droit applicable que de la nature du litige [3]. Intervient de toute évidence, en l'absence de loi, la notion de service public, celle de prérogative de puissance publique, la nature administrative du service public, le fait qu'il s'agisse de personnnes publiques. Aucun de ces critères, cependant, n'apparaît à lui seul suffisant, à commencer par le critère organique : les personnes privées sont parfois investies de missions de service public et, sous certaines conditions, soumises au droit public. Toujours présente, la notion de service public, outre qu'elle se décline en service public administratif et service public industriel et commercial relevant en principe du juge

---

1. Sauf exceptions : v. l'arrêt *Giry* (Cass. 1956), *supra,* p. 575. V. aussi, conduisant à penser que ces exceptions sont de plus en plus nombreuses, tous les cas où le juge administratif — moyennant une certaine adaptation des règles — applique des codes comme ceux de la concurrence et de la consommation.
2. TC 18 oct. 1999, *Préfet de la région Ile de France, préfet de Paris c/Cour d'appel de Paris (Aéroports de Paris et Air France c/TAT European Airlines)*, et TC 15 nov. 1999, *Comité d'expansion de la Dordogne c/Département de la Dordogne*, *AJDA* 1999.1029 et 1042, note M. Bazex, chron. P. Fombeur et M. Guyomar.
3. Ce qui peut encore faire dire que la compétence suit le fond ! Tout dépend de ce qu'est le fond. Ici, c'est la nature du litige et non plus le droit applicable (v., s'appuyant sur les analyses de R. Chapus, D. Labetoulle, « L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue du juge administratif », *AJDA* 2005.1770).

judiciaire, se voit quant à elle adjoindre la notion de prérogative de puissance publique. Les combinaisons possibles sont nombreuses.

D'une manière générale, pour mettre en œuvre les différents critères retenus, le juge utilise concurremment **deux méthodes**. La *méthode analytique* le conduit à considérer l'*acte* qui est l'occasion du procès (le contrat ou la décision...) ; la *méthode synthétique* prend en compte l'*activité globale* à laquelle se rattache le litige (tel service public...) [1]. La première démarche correspond davantage au cas où est en cause un acte normateur ; la seconde s'applique plus aisément au cas où il s'agit d'une opération matérielle [2].

C'est dire, en définitive, qu'il faut s'en référer aux différents chapitres du droit administratif pour savoir quelle est exactement la compétence du juge administratif. Les critères du contrat administratif ne sont pas ceux de l'acte administratif unilatéral, lesquels sont eux-mêmes différents de ceux, par exemple, du travail public ou de la responsabilité administrative [3]. Tout au plus semble-t-il possible, en adoptant une approche fonctionnelle de l'administration, de dégager un **cadre général.** Deux propositions (négatives) alors s'imposent : la compétence du juge administratif *ne va pas au-delà du champ de l'action administrative* (ce qui exclut, en principe, les rapports entre particuliers, les litiges relatifs à des autorités étrangères, l'activité législative, l'activité de la justice judiciaire, les actes de gouvernement) ; elle *n'inclut pas tout le champ de l'action administrative,* compte tenu de la gestion privée des services publics et des attributions spéciales de compétence aux juridictions judiciaires.

§ 2. L'histoire des critères de compétence

La question s'est longtemps posée de l'existence d'un principe explicatif unique des diverses solutions jurisprudentielles. Pour en rendre compte, il reste habituel de penser que, dans le passé, trois critères furent successivement considérés comme une clé satisfaisante.

Tout d'abord, dit-on, à l'*époque révolutionnaire,* les souvenirs de l'Ancien Régime conduisent à interdire aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges où l'Administration est concernée. Le critère appliqué est donc fort simple : **dès que l'État est partie à un procès,** ce dernier échappe à la compétence de l'ordre judiciaire. Les textes de l'époque sont tous interprétés en ce sens, même si telle n'est pas leur portée.

Plus tard *(après 1830)*, se précise une nouvelle ligne de démarcation. En accord avec la philosophie libérale de l'époque, on admet que l'interdiction faite aux tribunaux judiciaires de paralyser l'action des corps administratifs n'est fondée que lorsque ceux-ci agissent dans l'exercice de leurs pouvoirs de souveraineté. Lorsqu'ils accomplissent des actes analogues à ceux des particuliers, l'incompétence de l'ordre judiciaire n'a plus de

---

1. J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif,* LGDJ, 1975, 2e éd., p. 337.
2. La méthode synthétique se rapproche de celle dite des « *blocs de compétence* » qui avait pour ambition de simplifier une jurisprudence excessivement complexe et subtile mais qui a été abandonnée (CE 5 févr. 1954, *Association El Hamidia*, *R.* 77 ; 13 juill. 1967, *Allegretto*, *R.* 315. *D.* 1968.47, concl. J.-M. Galabert).
3. En quelque sorte, il y a compétence administrative « parce que dans un litige donné se trouve en cause une notion clef du droit administratif » (J.-Fr. Lachaume, « La compétence suit la notion... », *Tribune AJDA* 2002.77 ; et art. cité, *supra*, dossier 1, p. 15, note 2).

raison d'être. Cette opposition des **actes d'autorité** et des **actes de gestion** est encore exposée dans l'œuvre de Laferrière [1]. Lorsque l'Administration agit par voie de commandement, qu'elle donne des ordres et des injonctions, qu'elle formule des autorisations ou qu'elle impose des sujétions, il y a actes d'autorité et compétence administrative. Quand, au contraire, les services agissent par voie de gestion, les tribunaux judiciaires redeviennent compétents [2].

Puis, *dès la fin du XIXe siècle*, notamment avec l'arrêt *Blanco* (1873), et au début du XXe siècle, il apparaît que le juge administratif est compétent pour connaître de tous les litiges relatifs à l'organisation et au fonctionnement d'un **service public,** quelle que soit la personne intéressée — État, départements, communes, établissements publics... — Romieu résume ainsi l'esprit de cette jurisprudence : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'Administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est, par sa nature, de la compétence administrative » [3].

L'histoire contemporaine du droit administratif tend à nuancer fortement cette chronologie et à montrer que chacun des trois prétendus critères uniques ne s'est jamais tout à fait pleinement imposé comme tel [4]. Romieu lui-même, loin de consacrer le seul critère du service public, réservait, en des termes dont on dit qu'ils « restent encore en grande partie valables aujourd'hui » [5], « les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». Distinction donc d'une « gestion publique » et d'une « gestion privée ».

Ainsi, en résumé, peut-on admettre que, pour l'essentiel, s'opposent au sein de la gestion des services publics, une **gestion privée** et une **gestion publique,** cette dernière seule fondant la compétence des juridictions administratives parce qu'elle comporte la mise en œuvre de la *puissance publique* qui doit donc être combinée avec le *service public* pour déterminer le champ d'application du droit administratif.

§ 3. La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Dans sa décision du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence [6], le Conseil constitutionnel n'a pas seulement reconnu que la Constitution garantit, au profit de la juridiction administrative, une « réserve de compétence ». Il en a fixé les contours :

---

1. Ouvrage précité (note 4, p. 10) : « On ne doit donc pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'Administration, [...] mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à la puissance publique » (t. 1, p. 478).
2. Sur les difficultés de la répartition des compétences au XIXe siècle, v. G. Bigot, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, LGDJ, « Bibl. de science administrative », 1999.
3. CE 6 févr. 1903, *Terrier*, *S.* 1903.3.25, concl. J. Romieu, note M. Hauriou, *GAJA* no 14. V. aussi : CE 4 mars 1910, *Thérond*, *S.* 1911.3.17 concl. G. Pichat, note M. Hauriou, *GAJA* no 21.
4. V. en particulier F. Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, « Thémis », 1995.
5. *GAJA*, p. 73.
6. Citée, *supra,* dossier 2, p. 40.

– « **à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire,** relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative **l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique,** par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle » ;

– « dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une **bonne administration de la justice,** d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé ».

De ce texte se dégagent assez clairement quelques conclusions.

1. Pour déterminer la compétence administrative qu'impose la Constitution, le Conseil constitutionnel utilise un critère, à la fois organique et formel : celui-ci repose sur l'intervention du *« pouvoir exécutif »* (le gouvernement et les administrations placées sous son autorité ou sous son contrôle) exerçant des *« prérogatives de puissance publique »* [1].

2. Le Conseil constitutionnel précise en outre que les pouvoirs du juge administratif sont l'*annulation* et la *réformation :* cela inclut le recours pour excès de pouvoir et certains contentieux spéciaux dans lesquels le juge peut annuler ou réformer un acte (c'est-à-dire une partie du plein contentieux).

3. *Deux exceptions* limitent ce critère de compétence : d'une part, *certaines matières sont réservées à l'autorité judiciaire,* (« par nature », affirme la décision, tandis que d'aucuns diraient plus volontiers « par tradition »...), comme l'état des personnes, la sûreté individuelle, la propriété immobilière, etc. [2] ; d'autre part, *au nom d'une « bonne administration de la justice », peut être écartée une stricte application de la séparation des autorités administratives et judiciaires*. Ainsi le Conseil de la concurrence, organisme administratif exerçant des prérogatives de puissance publique, est soumis au contrôle du juge judiciaire, de même que certaines autres autorités administratives indépendantes pour une partie de leurs décisions [3].

Dans le cadre ainsi fixé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel la répartition des compétences entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution [4]. Les possibilités ouvertes au législateur sont assez larges : à condition de respecter la compétence du juge administratif constitutionnellement garantie, il pourrait sensiblement modifier l'attribution des contentieux, par exemple

---

1. C'est ainsi que l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière d'un étranger est un acte administratif parce qu'il constitue l'exercice de prérogatives de puissance publique (CC 28 juill. 1989, *AJDA* 1989.619, comm. J. Chevallier ; *RFDA* 1989.691, comm. B. Genevois). Paraît bien être consacrée, la théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » de G. Vedel (V. dossier 3, *Pour approfondir*). Le Conseil ignore la notion de service public et rattache la compétence administrative à l'autre pilier du droit administratif, la puissance publique.
2. V. *infra*, Section 3, et dossier 8, sur la compétence du juge judiciaire dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique.
3. V. P. Delvolvé « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative », *Études offertes à Jean-Marie Auby,* Dalloz, 1992, p. 47 ; et *supra*, p. 202.
4. V. par exemple CE 30 mars 1962, *Association nationale de la meunerie*, *AJDA* 1962.286.

transférer au juge judiciaire celui de la responsabilité administrative ou celui des contrats administratifs.

Évidemment, il ne s'agit là que de possibilités. À défaut d'interventions législatives ou d'évolutions jurisprudentielles, la répartition des compétences reste ce qu'elle était avant 1986. Doivent être distinguées les compétences qui, de par la Constitution, sont administratives et celles, beaucoup plus étendues, qui le sont effectivement en l'état actuel du droit.

Section 3
La compétence du juge judiciaire en matière administrative

Les **exceptions à la clause générale de compétence** sont nombreuses. Elles résultent de **textes** inspirés souvent par la volonté de simplifier la répartition des litiges entre les deux ordres de juridictions. C'est au *législateur* seul qu'il appartient de statuer en cette matière, à l'exclusion de toute intervention de l'autorité administrative [1]. Par exemple, la loi du 31 décembre 1957 a attribué aux tribunaux judiciaires compétence pour les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigées contre une personne publique [2]. Pourtant, la compétence judiciaire repose surtout sur des **normes jurisprudentielles** relatives essentiellement à la protection des libertés publiques.

§ 1. Les matières réservées au juge judiciaire

D'une part, le code civil précise que « les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état ». À partir de ce texte largement interprété et surtout de la logique du système juridique dans son ensemble, la jurisprudence admet que les difficultés relatives à l'**état des personnes** (nom, sexe, âge, situation matrimoniale, capacité civile, domicile, parenté et alliance...), à leur *nationalité* et à leur *qualité d'électeur* doivent être tranchées par le juge judiciaire. En fait, il existe dans ces domaines un partage complexe des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif.

D'autre part, le Tribunal des conflits a rappelé en 1947 que « la sauvegarde de la **liberté individuelle** et la protection de la **propriété privée** rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire » [3]. En outre, l'article 66 de la Constitution de 1958 dispose que « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». Ce principe et ses limites apparaissent

---

1. Mais celle-ci peut provoquer ce transfert de compétence en modifiant le statut d'un service ou d'un établissement ; notamment, dans les cas où c'est possible, en transformant un sercice public administratif en service public industiel et commercial.
2. Sur cet exemple et, plus généralement, sur la compétence judiciaire en matière de responsabilité de la puissance publique, *supra*, dossier 12, p. 567.
3. TC 18 déc. 1947, *Hilaire*, *D.* 1948.62. Sur la question de la compétence judiciaire en matière de liberté individuelle : F. Fines, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle », *RFDA* 1994.594. V. aussi, sur la question de la compétence des juridictions judiciaires dans le domaine des atteintes au corps humain : J.-M. Auby, « L'autorité judiciaire gardienne du corps humain ? », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, 1996.353.

dans la mise en œuvre du Code de procédure pénale et sont illustrés par la jurisprudence de l'emprise irrégulière et de la voie de fait.

A. L'application de l'article 136 du Code de procédure pénale

Selon l'article 136 du Code de procédure pénale, « **dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé** par l'autorité administrative et **les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents**. Il en va de même dans toute instance civile fondée sur des faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile [...], qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents ». Ce texte a remplacé, en 1957, l'article 112 du Code d'instruction criminelle que le Tribunal des conflits avait interprété restrictivement estimant que l'interdiction d'élever le conflit s'appliquait seulement « dans le cas où l'instance est engagée contre les agents publics qui se sont rendus coupables de telles infractions, sans qu'il y ait lieu d'ailleurs de distinguer, en cette hypothèse, suivant la nature de la faute qu'ont pu commettre lesdits agents », mais non « lorsque l'État est mis en cause », car « la compétence pour statuer sur les conclusions présentées contre lui se règle d'après les principes généraux qui gouvernent la responsabilité de la puissance publique » [1]. Malgré la parfaite clarté de la nouvelle formulation, le Tribunal des conflits a considéré que, *si les tribunaux judiciaires sont compétents pour évaluer un préjudice et condamner l'administration à réparation, ils ne peuvent apprécier la régularité des actes administratifs incriminés ni les interpréter* [2].

B. L'emprise irrégulière

L'emprise implique d'abord une véritable **dépossession.** L'agissement reproché à l'Administration a pour conséquence de priver le propriétaire de la jouissance de son bien. Il en est ainsi, par exemple, en cas d'occupation sans titre d'un terrain ou d'un local, de démolition d'un immeuble menaçant ruine, de délimitation irrégulière du domaine public. Ensuite, seules sont concernées les atteintes à la **propriété immobilière.** Cette limite peut sembler archaïque mais elle correspond à l'esprit général de la législation française selon laquelle les immeubles méritent une protection plus stricte que les meubles. Enfin, pour qu'il y ait compétence judiciaire, l'emprise doit avoir été **irrégulière.** Lorsque la

---

1. TC 27 mars 1952, *Dame de la Murette*, *R.* 626, *D.* 1952.3.81, note M. Grawitz, *D.* 1954.291, note C. Eisenmann, *RDP* 1952.757, note M. Waline.

2. Sous réserve de la jurisprudence *Avranches et Desmarets*, remplacée aujourd'hui par l'article L. 111-5 du Code pénal (*infra*, p. 665). TC 16 nov. 1964, *Clément*, *R.* 796 et CE 9 juill. 1965, *Voskresensky*, *AJDA* 1965.603, concl. J. Fournier (même solution).

En l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'incompétence judiciaire se conçoit (hors l'hypothèse de la voie de fait) lorsqu'une action est directement dirigée contre un acte administratif, en vue d'en paralyser les effets. Elle s'explique alors par le principe constitutionnel interdisant au juge judiciaire d'annuler ou de réformer les actes de puissance publique. Tel n'est pas toutefois l'hypothèse de la jurisprudence Clément où il s'agit seulement d'obtenir la condamnation de l'Administration au paiement de dommages-intérêts. Rien ne paraît plus justifier d'interdire au juge d'apprécier lui-même, *par voie d'exception*, la régularité des actes administratifs à l'origine de la privation de liberté (concl. J. Arrighi de Casanova, sur TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/TGI de Paris*, *RFDA* 1997.514). V. aussi comm. D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *AJDA* 1997.575 et X. Prétot, « L'autorité judiciaire est-elle encore la gardienne de la liberté individuelle ? », *RDP* 1997.667.

dépossession résulte d'un titre régulier, la dérogation aux règles normales de compétence ne joue pas et le litige relève de la juridiction administrative.

Les pouvoirs du juge civil sont étroitement limités : il est compétent pour fixer l'indemnité compensatrice qui dédommage le propriétaire victime de la dépossession mais, dès lors qu'il n'y a pas voie de fait, il n'a ni le pouvoir d'apprécier le caractère régulier ou irrégulier de l'agissement administratif ni celui de faire cesser l'emprise [1].

C. La voie de fait

La définition de la voie de fait et les conséquences qui s'y attachent ont été l'occasion d'un très abondant contentieux (notamment, avec les réquisitions de logements, à partir de 1945).

1. La définition est fermement établie.

Peu après la loi du 30 juin 2000 instituant le référé liberté [2], le Tribunal des conflits a eu l'occasion de prendre acte de la volonté du législateur de ne pas abandonner la théorie de la voie de fait et il en a confirmé la définition [3] : elle désigne les cas où « l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ».

Toujours donc, il faut une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale. Le plus souvent cela résulte de la circonstance que l'Administration a procédé dans des conditions irrégulières à l'*exécution matérielle* de sa décision. Cependant, dans quelques hypothèses, la jurisprudence estime qu'il peut y avoir voie de fait, même sans exécution matérielle, dès lors que les vices qui entachent la *décision* litigieuse sont d'une gravité exceptionnelle [4].

La condition tenant à la décision (« manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ») distingue, en principe, la voie de fait de

---

1. TC 17 mars 1949, *Société « Hôtel du Vieux-Beffroi* », *R.* 592, *S.* 1950.3.1, concl. J. Delvolvé, note A. Mathiot ; CE 15 févr. 1961, *Werquin*, *R.* 118.
2. Dossier 10, p. 495.
3. TC 23 oct. 2000, *Boussadar*, *D.* 2001.2332, concl. Sainte-Rose ; *AJDA* 2001.143, chron. M. Guyomar et P. Collin.
4. Evidemment, il arrive aussi que la voie de fait résulte et de la décision elle-même et de son exécution forcée irrégulière : v. TC 8 avr. 1935, *Action française*, *R.* 1226, concl. Josse, *GAJA*, n° 49 (saisie du journal *L'Action française*). La jurisprudence a connu des évolutions contrastées. V., par exemple, TC 27 juin 1966, *Sieur Guigon c/ministre des Armées*, *AJDA* 1966.547, note A. de Laubadère ; CE 15 avr. 1988, *Michelix*, *RDP* 1989.922, note J.-M. Auby. Ce dernier arrêt (comme une décision du TC 9 juin 1986, *Eucat*, *AJDA* 1986.428) est de ceux qui ont semblé conduire à une extension de la voie de fait : extension à des actes « simplement » irréguliers et non seulement insusceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'Administration. L'arrêt *Boussadar* (cité ci-dessus) montre que cela est resté sans suite. V. aussi sur les limites apportées par le Tribunal des conflits à la jurisprudence judiciaire relative à la voie de fait : TC 25 avr. 1994, *Dulangi*, et TC 20 juin 1994, *Madaci et Youbi*, *AJDA* 1994.496 ; TC 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/TGI de Paris*, *RFDA* 1997.514, concl. J. Arrighi de Casanova (refus de considérer comme constitutive d'une voie de fait, l'exécution forcée de refus d'entrée sur le territoire opposés à des étrangers, même si ces mesures sont illégales).

la situation justifiant une demande de référé liberté (CJA, art. L. 522-2). Elle donne à penser que le juge administratif des référés doit se déclarer incompétent lorsque les actes ou agissements en cause s'analysent comme une voie de fait [1]. Encore faut-il qu'il le fasse ! Pratiquement, il n'y a guère d'exemples. S'ouvre ainsi, en réalité, pour les requérants une liberté de choix entre les deux procédures, laquelle alimente une discussion sur leurs mérites respectifs. Les termes du débat sont renouvelés mais, comme par le passé, si la définition de la voie de fait est fermement établie, son existence même est en cause. Protection irremplaçable assurée par un juge judiciaire qui démontre régulièrement son efficacité ou archaïsme, survivance d'un passé révolu, dépourvu désormais de toute raison d'être ? [2]

2. La compétence judiciaire est très étendue.

– En premier lieu, l'existence d'une voie de fait peut être constatée par les deux ordres de juridictions. La compétence judiciaire est traditionnelle. Elle est d'autant plus logique que les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents pour réparer la voie de fait ou la faire cesser. Il apparaît donc normal de leur confier aussi le soin d'apprécier si l'acte irrégulier ou l'exécution irrégulière qui porte atteinte au droit de propriété et aux libertés fondamentales est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration. La compétence administrative a été beaucoup plus contestée. Sans doute était-il admis depuis longtemps que le Conseil d'État pouvait juger qu'il n'y avait pas de voie de fait, à raison par exemple de *circonstances exceptionnelles* [3]. De plus, en 1966, le Tribunal des conflits a décidé qu'en raison de la gravité des atteintes portées à l'inviolabilité du domicile, des décisions, manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration, sont constitutives d'une voie de fait, qu'elles doivent, par suite, être regardées comme des actes nuls et non avenus et, enfin, qu'il appartient tant à la juridiction administrative qu'à l'autorité judiciaire de constater leur inexistence [4]. Le fait qu'un acte soit *inexistant* a des conséquences importantes : d'une part, il est insusceptible de créer des droits, donc le retrait par l'Administration est possible à toute époque, d'autre part, il peut faire l'objet d'un recours devant le juge sans condition de délai.

– En deuxième lieu, le juge judiciaire a compétence pour évaluer le préjudice subi par la victime de la voie de fait et pour condamner l'Administration à payer l'intégralité du dommage causé.

---

1. Concl. S. Boissard, sur CE 2 févr. 2004, *Epoux Abdallah*, *RFDA* 2004.772 : « Ce résultat est quelque peu absurde, puisqu'il aboutit à compliquer les choses dans une hypothèse où l'accès au juge devrait au contraire être rendu le plus simple possible, neutralisant ainsi une partie des bénéfices de la loi du 30 juin 2000 ».
2. M. Lombard, « Eloge de la folle du logis ; la dialectique de la voie de fait et du référé liberté », *Mélanges Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1125 ; G. Marchesini, « À propos de la compétence du juge administratif de l'urgence : l'application de l'article L. 522-3 du code de justice administrative dans le contentieux de la voie de fait », *AJDA* 2005.1663.
3. TC 28 mars 1955, *Préfet du Lot-et-Garonne*, *RFDA* 1956.1, note C. Eisenmann.
4. Arrêt *Guigon*, précité. Dans la mesure où la compétence du juge des référés suit celle du juge du fond, « il n'est donc pas impossible de soutenir que le juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L.521-1 ou de l'article L.521-2 peut, lorsque la condition d'urgence est remplie, prononcer la suspension d'une décision constitutive d'une voie de fait mais ne peut en revanche ordonner d'autres mesures » (concl. S. Boissard sur l'arrêt *Époux Abdallah* précité.).

– En troisième lieu, le juge judiciaire a toujours disposé d'un pouvoir exceptionnel (au regard des pouvoirs traditionnellement reconnus à la juridiction administrative face à la puissance publique dans d'autres hypothèses) : il peut adresser des injonctions et prononcer des astreintes à l'encontre de l'Administration, afin de faire cesser la voie de fait. Ainsi, les services intéressés devront restituer les biens mobiliers saisis ou évacuer les locaux irrégulièrement occupés. La seule limite que rencontrait le juge judiciaire était l'impossibilité d'obliger l'Administration à détruire un ouvrage public, en application d'un principe d'intangibilité des ouvrages publics. Tel n'est plus le cas du fait de la remise en cause de ce principe [1].

§ 2. Les questions préalables

Au cours d'un procès, des **questions incidentes** compliquent parfois le débat. Si elles concernent un *acte administratif* et si elles se posent devant le juge judiciaire, il est parfaitement concevable d'obliger celui-ci à surseoir à statuer et à renvoyer la question (qualifiée alors de *préjudicielle*) aux juridictions administratives. Mais ce respect du *principe de séparation* et de la clause générale de compétence ralentit le déroulement du débat juridictionnel et le complique. Aussi est-il possible d'admettre que le juge de l'action (du principal) soit juge de l'exception (de l'accessoire) et que sa *plénitude de juridiction* lui permette de répondre à la question (dite alors question *préalable*). Le droit français consacre une solution mixte qui mêle ces deux orientations.

– Le juge judiciaire, quel qu'il soit, est tenu d'*appliquer* les normes administratives (réglementaires, individuelles ou particulières).

– Le juge *civil* est compétent pour *interpréter* les actes administratifs réglementaires- mais il ne l'est pas pour les autres actes administratifs [2].

– Le juge *civil* n'a pas compétence pour *apprécier la régularité* d'un acte administratif quel qu'il soit [3].

– Les pouvoirs du *juge pénal* sont beaucoup plus larges car on estime que sa mission lui donne plénitude de juridiction sur tous les points dont dépend l'application ou la non-application des peines. Si donc, lors d'un procès, est invoquée l'irrégularité d'un acte administratif servant de base à la poursuite pénale ou au contraire susceptible d'être utilisé comme moyen de défense, la juridiction répressive peut statuer sur cette exception. Le Tribunal des conflits, dans un arrêt de principe [4], avait distingué les décisions administratives individuelles dont la régularité ne pouvait pas être appréciée par le juge répressif et les actes réglementaires pour lesquels sa compétence était entière. Mais le **Code pénal**, depuis 1994, écarte cette distinction et élargit ainsi les pouvoirs du juge répressif.

---

1. V *supra*, p. 413.
2. TC 16 juin 1923, *Septfonds*, *R.* 498, *GAJA* n° 40.
3. La chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé pouvoir apprécier des actes réglementaires au regard du droit communautaire (Com. 6 mai 1996, *France Télécom*, *AJDA* 1996.1033, note M. Bazex ; *RFDA* 1996.1161, note B. Seiller), mais le Tribunal des conflits a eu depuis l'occasion d'infirmer cette position (TC 19 janv. 1998, *Union française de l'Express*, *D.* 1998.329, concl. J. Arrighi de Casanova ; *RFDA* 1999.189, note B. Seiller).
4. TC 3 juill. 1951, *Avranches et Desmarets*, *R.* 638, *S.* 1952.1, note J.-M. Auby.

L'article 111-5 dispose, en effet, que « *les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels, et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis* » [1].

1. À la fin des années 1990, alors que se multipliaient les poursuites pénales (*supra*, p. 603), notamment pour délit de favoritisme en matière de marchés publics, des critiques ont pu se faire jour pour contester cette pleinitude de juridiction — et regretter qu'il n'y ait plus de question préjudicielle... (V. F. Thiriez, *Le Monde* 10 févr. 2000 : « Le juge pénal, qui n'est pourtant pas spécialement préparé à cela, risque de devenir le juge de droit commun des marchés publics, en dépouillant de sa compétence le tribunal administratif »).

POUR APPROFONDIR

LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF PAR RAPPORT AU CONTENTIEUX JUDICIAIRE

1. La **question du ou des critères de compétence administrative** a toujours été au centre des études de droit administratif et n'a cessé de susciter des controverses. Plus ou moins présente dans tous les dossiers de cet ouvrage, elle est aujourd'hui posée en des termes fixés, peu à peu, au cours du XXe siècle. Jalonnant la réflexion, voir encore, par exemple, René CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968.235 ; Paul AMSELEK, « Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968.492. Voir aussi, en tant notamment qu'il s'interrogeait sur la manière même de poser la question, Jean RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP* 1953.279 :

> Le critère du service public abandonné, le critère de l'intérêt général écarté parce que trop large, le critère de la puissance publique rejeté parce que trop étroit, faut-il donc poursuivre la quête, et tenter de découvrir ailleurs cette notion mystérieuse qui, présente à toutes les règles du droit administratif, et à elles seules, fournirait enfin le critère dont la recherche a mobilisé tant d'énergies ?
>
> Lorsqu'un problème, après un siècle d'efforts, et malgré les travaux des meilleurs esprits, n'a pu recevoir de solution, peut-être est-on en droit d'en reconsidérer l'énoncé, et de se demander si l'échec ne tiendrait pas, non aux chercheurs, mais à quelque erreur incluse dans cet énoncé même, et qui rendrait le problème insoluble [...].
>
> À l'origine de la recherche, il y a, pense-t-on, l'interférence abusive de deux plans distincts, le plan de la pratique, et celui de la connaissance : et là réside l'erreur d'énoncé qui ôte tout espoir d'aboutir à une solution.
>
> C'est d'une nécessité pratique, on l'a dit, qu'est née la volonté de découvrir le critère du droit administratif ; en présence de la dualité des juridictions, on a souhaité, pour départager leurs compétences, une frontière nette ; les difficultés que la dualité des contentieux suscitait sans cesse aux plaideurs et aux juges ont incité les juges eux-mêmes, et la doctrine après eux, à orienter dans le sens de cette recherche leur analyse du droit administratif [...].
>
> Or, au plan de la méthode, une telle position ne se défend pas. Aborder l'analyse d'un système juridique avec la volonté de le ramener tout entier à un principe unique, c'est préjuger des résultats de la recherche sur un point capital : la possibilité, précisément, de cette réduction à l'unité. En bonne logique, il n'y a aucune raison de poser *a priori* que le droit administratif s'organise autour d'un seul principe. On peut souhaiter, pour des raisons pratiques, qu'il en soit ainsi, et que le critère existe ; mais on ne peut *a priori* affirmer cette existence, ni d'ailleurs la nier ; et dès lors, orienter l'analyse vers la recherche de ce critère, n'est-ce pas se condamner par avance à en fausser le résultat ? Prendre la matière observée telle qu'elle est, et non telle qu'il serait commode qu'elle fût, c'est la règle première de toute recherche. N'est-ce pas cette règle qu'on perd inconsciemment de vue, lorsque, porté par une tradition séculaire, on s'obstine à chercher ce principe unique qui fonderait l'originalité du droit administratif sans être, au préalable, assuré qu'il existe ? Contamination d'un problème purement doctrinal par un problème né de la pratique juridictionnelle et de ses besoins, telle est peut-être la cause première de l'échec qu'on a relevé ; et si l'on n'a pu, après tant d'efforts, arriver à s'accorder sur le critère cherché, n'est-ce pas tout simplement pour la raison péremptoire qu'il n'existe pas, et que le droit administratif n'est pas plus réductible à l'unité que les autres disciplines juridiques ?

2. Une autre question, liée à la précédente, et elle aussi toujours posée, est celle du **degré de différenciation du droit administratif et du droit privé**. S'ils sont en principe

autonomes et relèvent de juges différents, ils n'ont pas pour autant des contenus radicalement opposés. La relative unité que l'on a pu observer à propos de la responsabilité (dossier 12, *Pour approfondir*) vaut plus ou moins en toutes matières. Et le phénomène sans doute ne fait que s'accentuer.

Quelles conclusions en tirer ? Comme pour Didier TRUCHET, en 2005 (cité p. 15, note 3), le constat débouchait sur la condamnation du dualisme juridictionnel dans ce texte tonique extrait de Robert-Édouard CHARLIER, *L'État et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, 1984, p. 268 :

> La puissance publique, faite de certains privilèges, immunités et pouvoirs de s'imposer, est un élément, — le plus caractéristique sans doute, mais non le seul, — du régime public ; elle ne peut donc pas (simple logique !) être le critère qui décide de son déclenchement. Elle est effet et non cause. Elle n'a de raison d'être qu'autant qu'elle est utile pour le service. Quand et dans la mesure où elle ne lui est pas nécessaire, ce service existe sans elle, il est tout de même l'État, il a tout de même en principe son régime de droit public.
>
> Mais quand ainsi on ne considère pas seulement les aspects armés, bottés et casqués de puissance publique et qu'on étend, comme on doit le faire, le Public, l'Étatique, l'Administratif, à tout le service, on rencontre alors de nouvelles objections et difficultés paraissant résulter, surtout de nos jours, de l'imprécision de la frontière entre le service public et le privé.
>
> Faux problème, cependant, né d'un simplisme binaire, d'une apparente logique, rudimentaire et absolutiste, d'après laquelle toute activité aurait dû, ou être intégralement de service public au plus haut degré, ou n'en être pas du tout.
>
> La réalité, plus nuancée et à laquelle ne peuvent s'appliquer que des logiques polyvalentes, a de plus en plus créé et reconnu des interpénétrations entre le privé et le public.
>
> Ainsi, maintenant surtout, dans presque chaque activité il y a de l'un et de l'autre, selon des proportions constamment variables ; (ce qui notamment rend absurde le système, — qui cependant reste fondamental dans le droit français actuel, — de deux ordres de juridictions, le judiciaire et l'administratif, alors que le rôle du juge est justement de discerner la dose du privé et du public dans chaque espèce ou catégorie et que par conséquent il faudrait qu'un seul et même juge soit saisi du tout de l'affaire, dans toutes les affaires).

Tel n'était pas l'avis de René CHAPUS, qui n'excluait cependant pas de possibles évolutions, au terme de « Dualité de juridiction et unité de l'ordre juridique », *RFDA* 1990.739 — Article reproduit, dans René CHAPUS, *L'administration et son juge*, PUF, Doctrine juridique, 1999 :

> ...l'accent ayant été mis sur les facteurs d'unité, il importe de rappeler que le principe autonomiste fondamental de l'arrêt *Blanco* continue à dominer l'état du droit et de relever que la mention fréquente que le Conseil d'État fait, depuis quelques années, des « règles générales applicables aux contrats administratifs » [1] a la signification d'un rappel de la spécificité de principe de leur régime.
>
> Quant à son avenir, on ne saurait croire que le dualisme juridique est menacé, en conséquence de l'opinion, assez souvent exprimée, que le droit des rapports privés serait dans certains cas mieux adapté aux besoins à satisfaire et, comme on aime à dire, plus opératoire — si bien qu'il conviendrait (à défaut de transferts de compétence) d'assurer dans certaines hypothèses la privatisation, si on peut dire, du droit administratif [2].
>
> Il reste qu'on ne peut pas être durablement indifférent à l'esprit du temps. Il est tel qu'il alimente une tendance à ne plus accepter comme aussi normal qu'on le pensait autrefois que la mission du juge administratif soit, en se prononçant sur le fondement d'un droit adéquatement aménagé, de « concilier les droits de l'État avec les droits privés » et à

considérer que cette mission est plutôt de défendre, contre l'État, les droits et intérêts privés.

Il pourrait résulter de là une heureuse incitation, pour les pouvoirs publics et les juges administratifs, à renoncer à maintenir telles quelles celles des solutions originales du droit administratif qui ne sont pas réellement justifiées par la prise en considération des nécessaires prérogatives de la puissance publique et des exigences du service de l'intérêt général, et qui apparaissent ainsi comme des solutions d'une autre époque.

L'existence légitime du droit spécifique qui régit l'administration et son contentieux n'en serait que mieux assurée.

---

1. V., not., CE 12 févr. 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. CE*, p. 33 ; *RDP* 1984.212, note J.-M. Auby ; cette *Revue* 1984.45, note F. Llorens ; ainsi que CE, Ass., 2 févr. 1987, *Société TV 6, Rec. CE*, p. 28 ; *AJDA* 1987. 314, chron. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; cette *Revue* 1987.29, concl. M. Fornacciari.

2. On peut évoquer, à cet égard, les récentes controverses se rapportant au domaine d'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986, *relative à la liberté des prix et de la concurrence* et l'espèce d'invitation faite au juge administratif par le Tribunal des conflits à se prononcer, quand il y a lieu, sur le fondement de l'article 9 de cette ordonnance (nullité des engagements intéressant les pratiques anticoncurrentielles prohibées par ses articles 7 et 8). V. TC 6 juin 1989, *Société d'exploitation et de distribution d'eau, AJDA* 1989.467, note M. BAZEX ; *D.* 1990.418, note J.-J. ISRAEL ; *JCP* 1990, nº 21395, note P. TERNEYRE ; *RDP* 1989.1780, note Y. GAUDEMET ; cette *Revue* 1989.457, concl. B. STIRN. Ainsi que J.-J. ISRAEL, « Les rapports du droit administratif avec le droit de la concurrence », *Petites Affiches*, 28 mars 1990, p. 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence », *D.* 1989, chron. 67 et 73.

Où en sont ces évolutions qu'imposent « l'esprit du temps » ? Preuve peut être qu'elles sont effectivement en cours, la question de l'exorbitance du droit administratif et de sa banalisation, plus que jamais, retient l'attention. Voir, dossier 1, p. 14 ; avec aussi ce constat que le droit administratif est une discipline qui ne peut que s'interroger sur sa raison d'être – tout en ayant le sentiment de sa nécessaire pérennité...

Indications bibliographiques générales

I. — OUVRAGES

1. Traités et manuels de droit administratif général [1]

— Jean-Louis AUTIN, Catherine RIBOT, *Droit administratif général,* Litec, « Objectif droit », 4e éd., 2005.
— Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français,* Dalloz et Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, « Amphi », 7e éd., 2005.
— Jean-François BRISSON, Aude ROUYÈRE, *Droit administratif*, Montchrestien, « Pages d'amphi », 2004.
— René CHAPUS, *Droit administratif général,* Montchrestien, « Domat droit public », tome 1, 15e éd., tome 2, 15e éd., 2001.
— Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif,* Montchrestien, « Domat droit public », 4e éd., 2006.
— Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif (André de Laubadère),* LGDJ, tome I, 16e éd., 2001 (tome II : *Les biens de l'administration*, 12e éd., 2002 ; tome III : *Les grands services publics administratifs*, Jean-Claude VENEZIA, 6e éd., 1997 ; tome V : *La fonction publique*, 12e éd., 2000) — et *Droit administratif*, LGDJ, « Manuels », 18e éd., 2005.
— Martine LOMBARD, Gilles DUMONT, *Droit administratif*, Dalloz, « Hypercours », 6e éd., 2005.
— Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif,* Montchrestien, 9e éd., 2005.
— Jacques MOREAU, *Droit administratif,* PUF, « Droit fondamental », 1989.
— Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif*, Gualino, « Manuels », 2005.
— Jean-Claude RICCI, *Droit administratif général*, « Hachette Supérieur », 2005.
— Jean RIVERO, Jean WALINE, *Droit administratif,* Dalloz, « Précis », 21e éd., 2006.
— Bertrand SEILLER, *Droit administratif,* Flammarion, « Champs Université », 2 volumes : *1- Les sources et le juge* (2001) ; *2 – L'action administrative* (2e éd., 2005).
— Georges VEDEL, Pierre DELVOLVÉ, *Droit administratif,* PUF, « Thémis », (2 t.), 12e éd., 1992.

À ces ouvrages, il faut ajouter :

— Le *Juris-Classeur Administratif*, Lexis Nexis Juris-Classeur, 10 volumes.
— Les Encyclopédies juridiques et Répertoires Dalloz : *Encyclopédie des collectivités locales* (9 volumes), *Répertoire de contentieux administratif (*3 volumes), *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique* (1 volume).

Constituent une introduction à la matière notamment les ouvrages suivants :

— Prosper WEIL, Dominique POUYAUD, *Le droit administratif,* PUF, « Que sais-je ? », no 1152, 21e éd., 2006.

---

1. Le texte renvoie à l'édition citée dans cette bibliographie.

— Pierre DELVOLVÉ, *Le droit administratif,* Dalloz, « Connaissance du droit », 3e éd., 2002.

2. Ouvrages complémentaires spécialisés

• *Histoire de l'Administration et du droit administratif*

— Grégoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, « Droit fondamental », 2002.
— François BURDEAU, *Histoire de l'administration française du XVIIIe au XXe siècle,* Montchrestien, « Domat droit public », 2e éd., 1994.
— François BURDEAU, *Histoire du droit administratif,* PUF, « Thémis », 1995.
— Pierre LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France*, *L'Administration classique*, Fayard, 1992.
— Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français,* PUF, « Droit fondamental », 1985.

• *Contentieux administratif*

— Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité des recours en matière administrative,* Litec, 1992.
— Paul CASSIA, *Les référés administratifs d'urgence*, LGDJ, « Systèmes », 2003.
— Daniel CHABANOL, Code de justice administrative annoté et commenté, éd. Le Moniteur, 2e éd., 2004.
— René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif,* Montchrestien, « Domat droit public », 12e éd., 2006.
— Serge DAËL, *Contentieux administratif*, PUF, « Thémis », 2006 ; et (avec Johanne SAISON et Pauline TÜRK) *Exercices pratiques de contentieux administratif*, PUF, « Thémis », 2006.
— Maryse DEGUERGUE, *Procédure administrative contentieuse*, Montchrestien, « Focus », 2003.
— Olivier GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec – Éd. du Juris-Classeur, 4e éd., 2005.
— Jean-François LACHAUME, *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Droit administratif, PUF, « Thémis », 13e éd., 2002.
— Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLVÉ et Bruno GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Dalloz, 15e éd., 2005.
— Bernard PACTEAU, *Contentieux administratif,* PUF (Droit fondamental), 7e éd., 2005.
— Didier TRUCHET, Bruno ODENT, *La justice administrative*, PUF, « Que sais-je ? », no 1806, 2004.
— Laurent TOUVET, Jacques FERSTENBERT, Claire CORNET, *Les grands arrêts du droit de la décentralisation,* Dalloz, 2e éd., 2001.

À noter, dans la même collection que ces « grands arrêts » :

— Louis FAVOREU, Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, 13e éd., 2005.
— Yves GAUDEMET, Bernard STIRN, Thierry DAL FARRA et Frédéric ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2e éd., 2002.

• *Services publics*

— Stéphane BRACONNIER, *Droit des services publics*, PUF, « Thémis », 2003.
— Jacques CHEVALLIER, *Le service public,* PUF, « Que sais-je ? », no 2359, 6e éd., 2005.
— Gilles GUGLIELMI, Geneviève KOUBI, *Droit du service public,* Montchrestien, « Domat droit public », 2000.

— Jean-François LACHAUME, Claudie BOITEAU, Hélène PAULIAT, *Droit des services publics*, Armand Colin, « collection U – droit », 3e éd., 2004.

3. Ouvrages collectifs

— *Pages de doctrine,* LGDJ (2 tomes) 1980 (morceaux choisis des œuvres de : André DE LAUBADÈRE, André MATHIOT, Jean RIVERO, Georges VEDEL).
— *Mélanges offerts à Marcel Waline*, « Le juge et le droit public », LGDJ, 1974.
— *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975.
— *Mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, « Service public et libertés », Émile-Paul, 1981.
— *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992.
— *Mélanges René Chapus*, « Droit administratif », Montchrestien, 1992.
— *Mélanges en l'honneur du professeur Gustave Peiser*, « Droit public », PUG, 1995.
— *Mélanges en hommage à Roland Drago*, « L'unité du droit », Economica, 1996.
— *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, « L'État de droit », Dalloz, 1996.
— *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, « Droit public », LGDJ, 1997.
— *Mélanges Jacques Robert*, « Libertés », Montchrestien, 1998.
— *Mélanges Philippe Ardant*, « Droit et politique à la croisée des cultures », LGDJ, 1999.
— *Liber amicorum Jean Waline*, « Gouverner, administrer, juger », Dalloz, 2002.
— *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, « Les collectivités locales », Economica, 2002.
— *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Dalloz 2002.
— *Mélanges en l'honneur du professeur Franck Moderne*, « Mouvement du droit public », Dalloz, 2004.
— *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004
— *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005.
— *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Douence*, « La profondeur *du* local », Dalloz, 2006.
— *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, « Contrats publics », Presses de la Faculté de Droit de Montpellier, 2006.

II. — PÉRIODIQUES

— *Actualité juridique, droit administratif*
— *Administration*
— *Droit administratif*
— *Droits – Revue française de théorie juridique*
— *La Semaine juridique, administrations et collectivités territoriales*
— *Les Petites Affiches*
— *Pouvoirs*
— *Pouvoirs locaux*
— *Recueil Dalloz-Sirey*
— *Revue administrative*
— *Revue du droit public et de la science politique*
— *Revue française d'administration publique*
— *Revue française du droit administratif*
— *Revue française de finances publiques*
— *Revue française de droit constitutionnel*
— *Revue juridique de l'entreprise publique /Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*

Outre ces revues :
— *Études et documents du Conseil d'État* (Rapport public annuel du Conseil d'État).
— *Annales de Droit administratif* (Méthodologie et sujets corrigés, dir. Pascale GONOD), Dalloz.
— *Recueil Lebon* (Recueil des décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, des arrêts des cours administratives d'appel et des jugements des tribunaux administratifs).

III. — DICTIONNAIRES (de droit administratif)

— Christophe GUETTIER, *Droit administratif,* Montchrestien, « Focus droit », 2e éd., 2000.
— Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif,* Armand Colin, « Cursus », 4e éd., 2005.

IV. – SITES INTERNET

— « Le service public de la diffusion du droit » : www.legifrance.gouv.fr
— « Le portail de l'administration française » : www.service-public.fr

Table analytique

Les chiffres renvoient aux pages.

E

F

G

M

N

O

P

Q

R

S

Table des matières

Dossier 1

L'Administration publique et le droit administratif

Dossier 2

Le contrôle de l'Administration

Dossier 3

Les sources du droit administratif

Dossier 4

L'Administration d'État

Dossier 5

Les collectivités territoriales décentralisées

Dossier 6

Les institutions spécialisées

Dossier 7

La fonction publique

Dossier 8

Les biens de l'Administration

Dossier 9

Les contrats de l'Administration

Dossier 10

Les actes administratifs unilatéraux

Dossier 11

Les fonctions de l'Administration

Dossier 12
La responsabilité publique

Dossier 13
Le recours pour excès de pouvoir

Dossier 14

La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire

????? (I) CSB-G 80grs CMB
Imprimé en France. — JOUVE, 11, bd de Sébastopol, 75001 PARIS
N° 409947Y. — Dépôt légal : Octobre 2006

Droit administratif

10e édition

Le droit administratif est depuis longtemps une discipline à l'honneur dans la tradition juridique française, et l'impressionnant travail du Conseil d'État n'a d'égal que l'œuvre de l'Université.

Encore n'est-il possible de comprendre aisément le droit administratif sans bien connaître l'Administration elle-même, son histoire, son devenir : pivot de la construction d'un État centralisé, elle a connu de multiples transformations qui se sont accélérées à la fin du XXe siècle, génératrices d'une complexité accrue et de nouvelles incertitudes.

Le présent ouvrage, tel un guide, se propose d'explorer l'univers administratif et de cerner, à partir de ses caractères majeurs, les racines mêmes de son droit. Alors que celui-ci et le fonctionnement de l'Administration sont mis en cause, ils sont plus que jamais au cœur de la réforme de l'État. Trois grands défis en particulier sont à relever : garder une identité tout en intégrant le droit international et européen ; renforcer en la rationalisant la décentralisation ; assurer l'effectivité des droits des citoyens.

Une approche qui se voudrait seulement technique ou contentieuse risquerait d'être parfois inutilement compliquée et surtout insuffisante. Aussi, l'accent est-il mis sur les questions (d'aucuns diraient les « problématiques »). Le lecteur est invité à un retour aux sources, clé d'une réflexion critique. Dans cette optique et dans un souci de pédagogie, pour chaque grand thème, un dossier divisé en deux parties fait le point sur les données de base (« *Ce qu'il faut savoir* ») et fournit des matériaux indispensables à une recherche personnelle (« *Pour approfondir* »).

Les étudiants, tout au long de leurs études, les candidats aux concours administratifs, les praticiens et, d'une manière générale, les citoyens, tels sont les destinataires de ce livre.

Georges Dupuis a été professeur émérite à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).
Marie-José Guédon, professeur à l'Université d'Amiens.
Patrice Chrétien, professeur à l'Université de Cergy-Pontoise.

ISBN 2 24706932 0





http://www.dalloz.fr

35 €